

Einwilligung

Allheilmittel mit starken Nebenwirkungen

Einwilligung

Allheilmittel mit starken Nebenwirkungen

mit Beiträgen von

Michael Dudek

PD Dr. Andreas Edmüller

Prof. Dr. Hans Georg Hermann

Dr. Alexander Kolz

Prof. Dr. Thomas Petri

Prof. Dr. Frank Saliger

Prof. Dr. Reinhard Singer

Prof. Dr. Wolfgang Stroebe



Deutscher**Anwalt**Verlag

© 2016 Bayerischer Anwaltverband e.V., München
Druck: Hans Soldan Druck GmbH, Essen
Umschlaggestaltung Egerer Designteam
Umschlagabbildung © Egerer Designteam
Lizenzausgabe für den Deutschen Anwaltverlag, Bonn
ISBN 978-3-8240-1506-1

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Vorwort

Zu Beginn der juristischen Sozialisation lernt der junge Jurist die Einwilligung eher vereinzelt als rechtlichen Exoten im Allgemeinen Teil des BGB oder als Rechtfertigungsgrund im StGB kennen. Dazu mögen die datenschutzrechtliche Einwilligung und Überlegungen zum Grundrechtsverzicht den ersten Eindruck prägen. In der Praxis angekommen, weitet sich der Blick schlagartig und die Zusammenhänge mit Rechtsinstituten wie Vertragsfreiheit, Willensmängeln, Selbstbindung etc. werden sichtbar. Traditionell besonders deutlich sind Gestaltungsräume, aber auch Beschränkungen im Recht der AGB und im Gesellschaftsrecht – hier die Orientierung an gesetzlichen Leitbildern und Schutzgedanken, dort der Unterschied von Innen- und Außenverhältnis, Gedanken des Verkehrsschutzes.

Auch im Öffentlichen Recht wächst die Bedeutung der Einwilligung immer stärker. Insbesondere im Strafverfahrensrecht und im Datenschutz wird sie zur zentralen Rechtsfigur. Mit der breiteren und intensiveren Anwendung wächst aber gleichermaßen das Unbehagen an der Absicherung rechtlicher Gestaltungen durch den Rückgriff auf die Willensfreiheit des Gegenübers.

Während sich die Einwilligung (im weiteren Sinn) in der rechtlichen Literatur einer gewissen Beliebtheit erfreut, findet man bei der transdisziplinären Suche wenig zum Thema. Sehr erhellend war der Dialog mit der Medienwissenschaftlerin Dr. Anna Wiehl, die den unterschiedlichen Ansatz der Professionen beleuchtete. So ist Ausgangspunkt rechtlicher Überlegungen die „freie Willensbildung“, deren Störung nur ausnahmsweise anerkannt wird und Rechtsfolgen auslöst, etwa bei der Anwendung von Zwang oder bei Täu-

schung und Irrtum. Dabei muss die rechtserhebliche Störung regelmäßig einer tradierten Fallgruppe zuzuordnen sein und in ihrer Intensität einen abstrakt definierten Schwellenwert überwinden. Demgegenüber bemüht sich die Psychologie erst einmal um die Feststellung und Analyse von Einflussfaktoren auf den Willen. Es geht um Wesen und Wirkung von „Manipulation“. Schon der Vergleich der Begriffe *Willensmangel* und *Manipulation* macht den methodischen Unterschied und den resultierenden Nutzen für das Thema Einwilligung deutlich, da so eine pluri-perspektivische Beleuchtung ermöglicht wird. Diese wiederum kann zu einer wechselseitigen Erhellung der Disziplinen hinsichtlich des Themas Einwilligung führen.

Dementsprechend schaffen die beiden ersten Beiträge interdisziplinäre Grundlagen. Dem schließen sich allgemeine verfassungsrechtliche Überlegungen anhand konkreter Fallkonstellationen und der „Prüfstein: Verfassungsrecht und Datenschutz“ an. Mit der aktuellen praktischen Anwendung im Strafverfahrensrecht und der im Zivilrecht beschäftigen sich die beiden folgenden Beiträge. Den Abschluss bilden Überlegungen, wie technische und gesellschaftliche Faktoren die freie Willensbildung beeinflussen und wie dies rechtlich zu bewerten ist.

Den Referenten und Teilnehmern des Symposions am 20.02.2014 gilt unser besonderer Dank. Die entstandenen Beiträge hinterfragen die ausufernde Praxis des Rückgriffs auf die Einwilligung und sollen hilfreiche Informationen in aktuellen Fragen zur Einwilligung geben. Wir wünschen dem interessierten Leser eine ebenso spannende wie erkenntnisreiche Lektüre.

Michael Dudek

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Inhaltsverzeichnis	7
1. Einführung Hans Georg Hermann	9
2. Einwilligung und Manipulation Andreas Edmüller	15
3. Psychologische Aspekte der Einwilligung Wolfgang Stroebe	49
4. Einwilligung im Verfassungsrecht – der Grundrechtsverzicht und andere verwandte Rechtsfiguren Alexander Kolz	79
5. Der Prüfstein: Verfassungsrecht und Datenschutz Thomas Petri	101
6. Die Einwilligung im Strafverfahren Frank Saliger	123
7. Die Einwilligung im Zivilrecht an konkreten Beispielen: Verbraucherschutz, Arbeitsrecht, Versicherungsrecht und AGB Reinhard Singer	143
8. Macht, Medium, Manipulation – Die Einwilligung in Zeiten von Internet und Digitalisierung Michael Dudek	185
Autorenportraits	281

1. Einführung

Hans Georg Hermann

Rechtshistorische Jahrestage bieten immer einmal gern einen kurzweiligen Tagungseinstieg, der 20.2. als Jahrestag der Aufhebung des EheG 1938 durch die Alliierten **1946** stellt allerdings keine allzu spritzige Einführung dar und so wichtig dann der 21.2. durchaus ist (je nach Gesinnung:

21.2. **1779** 25.10.1861 *Friedrich Karl v. Savigny*

1902 Hinrichtung von *Mathias Kneißl* in Augsburg

1919 Ermordung d. bay. Ministerpräsidenten [schon dieser Titel wird von manchen mindestens begänsefüßt] Kurt Eisner durch Gf. Anton v. Arco-Valley),

auch der kann das leider nicht bieten, ist auch einen Tag zu spät, doch dessen ungeachtet, im Grunde ist es ja so einfach:

„Des Menschen Wille ist sein Himmelreich“.

1. Es gibt ein ganzes auch mehr oder weniger bekanntes Bündel von Rechtsparömien aus dem römischen Recht wie dem Kirchenrecht, die das etwas juristischer fassen. Sie machen aber auch eines deutlich:

Im Grunde schon fast seit Jahrtausenden gehört zum festen Bestand des juristischen Bordwerkzeugs die Erkenntnis, dass nicht nur die Abwesenheit von Zwang und Drohung, sondern das Kognitive im Voluntativen, die Wissensfundamentierung eines autonomen Willen, das *Bescheidwissen* Voraussetzung für mündige Entscheidungsoptionen als Ausdruck freien Willens ist.

- *Volenti non fit iniuria*
(D 47, 10, 1, 5 in fin (Ulpian), vgl. Liebs, Lateinische Rechtsregeln, S. 219: Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht. Ist derjenige, welcher einen Nachteil erleidet, damit einverstanden, so kann er daraus keine Ansprüche herleiten)
- *Numquam volenti dolus intertur*
(= Einem Einverstandenen wird niemals Arglist zugefügt = C 2, 4, 34 Diokletian] = Liebs S. 146)
- *Sciens non fraudatur*
(= Liebs S. 193: = wer weiß, wird nicht betrogen, D 50, 17, 145 [Ulpian])
- *Scienti et conscienti non fit iniuria neque dolus*
(= Dem Bescheidwissenden und Einverstandenen geschieht weder Unrecht noch Arglist, = Liebs S. 193 = Liber Sextus 5, 13, 27 [Bonifaz VIII.], s.a. D 50, 17, 145 = 42, 8, 6, 9 aE [Ulpian])

2. Viel wird heute über Wissenssymmetrie gesprochen, etwa mit dem Stichwort der Aufklärungspflichten.

Wann aber ist das Wollen des Mündigen wirklich mündig, wann das Gewollte auch gesellschaftsverträglich, gibt es nicht Fälle, in denen das *bonum commune* es nicht sogar geböte, wenigstens zum Schutz des Einzelnen, diesen individuellen Willen mindestens zu hinterfragen, nötigenfalls aber auch auszuhebeln, nötigenfalls seine Ausübung auch zu unterbinden?

Offen die Freiheit so zu beschneiden und so zu „entmündigen“ ist kaum je offen praktiziert worden. Klassisches Werkzeug der Camouflage ist vielmehr die Negierung einer Verletzung der Freiheit, ist viel-

mehr die Behauptung, dem wirklich mündigen Willen müsse im betroffenen Fall erst etwas nachgeholfen werden, der Betroffene habe es noch nicht so durchblickt, würde das Nützliche auch wollen, sich nicht sperren, doch nicht töricht, verantwortungslos oder bockig sein wollen usw.: Also das Paternalismusrepertoire.

Nicht nur totalitäre Systeme operieren mit solchen (postulierten) kognitiven Defizitätspräsumtionen in Legitimierungsfunktion.

Wo aber etwa ausnahmslos der Suizid als Resultat mental pathologischer Zustände qualifiziert wird, kann es keinen „Freitod“ mehr geben. Ich weigere mich, das so ausnahmslos anzunehmen. Es muss mindestens die freiwillige Selbstaufopferung geben können (etwa vom Bergführer bis zum Feuerwehrmann) – selbst die christlichen Religionen sind zudem anders gar nicht denkbar, oder sollte man, medizinisch gesehen, zwangsläufig einen mit selbstdestruktivem Helfersyndrom pathologisierten Erlöser annehmen müssen? Doch das nur am Rande.

Als zweifellos hilfreich – stärker diesseitsorientiert gesamtgesellschaftlich wie für die individuell Bedürftigen – würde es sich erweisen, etwa zu postulieren, jedermann würde *eigentlich* seine Organe wenigstens postmortal spenden wollen, in der *soft version* also ein Organtransplantationsrecht mit Widerspruchslösung vertretbar sein; denn wer das *wirklich* nicht will, kann das sagen (muss es aber auch). Dass das so hypothetisch nicht ist, zeigen Rechtssysteme, die mit der Widerspruchslösung arbeiten.

3. Unabhängig von streng dogmatischen Anforderungen, deren Horizont rechtsgeschichtlich ohnehin nicht immer präzise auszumachen ist, sei doch daran erinnert, dass man im Zusammenhang der Eheschließung je stärker der kanonistische Einfluss eines christlich geprägten Konsensmodells wurde, auch die Sensibilität für das Erfordernis an

Einwilligungen der betroffenen Personen stieg. Paradigmatisch darf ich dafür eine erzählende Quelle anführen:

Aus der „Geschichte der Grafen von Guines“ des Klerikers *Lambert*:¹

”Quomodo Balduinus, Ghisnensis comitis Arnoldi filius, desponsavit Christianam, Ardensis domini filiam Gratificati ergo Ardensis dominus et eius uxor et admodum facti letabundi, filiam suam ad consensum eius postulandum convocaverunt. Audivit itaque filia quod audire non displicuit, et ecce iam presens astitit, et hilaritate vultus iam assensum exprimens, et ad sciscita[n]tis de consensu vocem patris et matris erectis auribus inclinata nullique libencius unquam responsura sono. Complacuit igitur utrique parti utriusque partis sermo, et vox omnium una erat et voluntas dicentium: ”Fiat! fiat!” Duxit igitur Balduinus, Ghisnensis comitis Arnoldi primogenitus, Ardensis domini Arnoldi filiam, virtutum titulo et propria appellatione nominis Christianam; fitque gloria in altissimis Deo, et in terra Ghisnensi pax omnibus hominibus.“

Wie Balduin, Sohn des Grafen Arnold von Guines, sich mit Christiana, der Tochter des Herren von Ardres, verlobte.

Also haben sich der Herr von Ardres und dessen Frau gefällig erwiesen und, äußerst freudvoll geworden, riefen sie ihre Tochter zur Versammlung, um deren Einverständnis zu erheischen. Und so hörte die Tochter, was zu hören ihr nicht mißfiel, und siehe, schon stand sie gegenwärtig dabei, und drückte ihre Zustimmung nicht nur durch die Heiterkeit ihrer Mimik aus, sondern neigte sich auch mit gespitzten Ohren den Stimmen ihrer nach Einverständnis forschenden Eltern und wird keinem Klang jemals freudiger antworten. Folglich gefiel die Rede des einen Teils dem anderen Teil und einstimmig sprachen alle

¹ Flandern, aufgezeichnet zwischen 1201/1206; MGH SS 24, S. 593 f.

ihren Willen aus: "Es geschehe! Es geschehe!" Also führte Balduin, der Erstgeborene des Grafen Arnold von Guines, die Tochter Arnolds, des Herrn von Ardres, mit dem (Ehren)Titel ihrer Tugenden und Benennung ihres eigenen Namens Christiana (heim).

Hinweis: zum Zeitpunkt der hier beschriebenen Szene war Balduin weniger als zehn, Christiana etwa zwei Jahre alt.²

Es musste allen Anwesenden klar sein (und das war es wohl auch), dass bei einem Zehnjährigen und erst recht bei einer Zweijährigen unmöglich von gewollter rechtlicher Bindung die Rede sein konnte, dennoch wird ein zeremonielles Arrangement getroffen, bei dem jede Form von Verhalten der beiden Kinder interpretiert wird und ihm Relevanz zugemessen wird, und ob es nun auch tatsächlich rechtliche Relevanz sein soll, muss nicht entschieden werden, denn die ist offensichtlich die Prämisse des Ganzen und es geht entsprechend definitiv um mehr als nur eine leere Förmlichkeit:

greifbar wird echte Freude der Beobachter (oder ist es Erleichterung?), dass von den Anwesenden die wenigstens konkludente Zustimmung dieses zweijährigen Kindes zur Kenntnis genommen werden kann.

Lambert, der Chronist, will hier ganz sicher keine juristische Persiflage festhalten oder die Verballhornung eines Rechtsaktes kritisch dokumentieren. Ich denke, die zentrale Bedeutsamkeit und Wertigkeit der Freiwilligkeit tritt in der Szene überdeutlich zutage, mag sie auch (heute) juristisch höchst fragwürdig erscheinen.

4. Wollte man das Beispiel nach seiner vorliegenden Nutzenanwendung der Tagung fragen, dann könnte man – nunmehr sensibilisiert – fragen,

² S.a. Art. „Ardres“ in LMA Bd. 1 Sp. 915 (R. Fossier); Art. „Guines“ in LMA Bd. 4 Sp. 1785 (B. Delmaire); zur Stelle: G. Duby, Ritter, Frau und Priester. Die Ehe im feudalen Frankreich, Frankfurt 1988, S. 298 f.

in welchen Fällen – und ganz sicher nicht so offensichtlich (bis plump) wie bei der Kinderverlobung des 12. Jahrhunderts – in welchen Fällen also heute Freiwilligkeit so **inszeniert** wird, dass alle die Kleider des Kaisers bewundern, und niemand sagt, er sei eigentlich nackt.

Es ist wohl nicht allzu schwer, Beispiele zu finden, ich denke – und damit ist leider mein spontaner Beitrag schon zu Ende und der Abend ziemlich weit fortgeschritten –, es gibt ein ganz frappierendes Beispiel für „Schein“-Autonomie, nämlich nach einem Informations**overflow**, also eine eigentlich uralte AGB-Problematik, die ihrerseits höchst einschlägig auch mit dem dicksten Hammer aufwarten kann: der fingierten Einwilligung, die es erfreulicherweise für den Verwender nicht so einfach geben können soll.

Vielleicht ließe sich als Tagungsthema also formulieren, etwas defensiver als in Ihrem Vorschlag: Die Einwilligung – ein missbrauchsgefährdetes Rechtsinstitut.

2. Einwilligung und Manipulation

Andreas Edmüller

1. Verbindlichkeit durch Einwilligung?

Nicht jede Einwilligung stiftet moralische oder juristische Verbindlichkeit:

- *Die Einwilligung eines Ladenbesitzers, Schutzgeld an die örtliche Mafia zu bezahlen.*
- *Die Einwilligung eines dementen Bankkunden zur Umschichtung seines Vermögens in für ihn riskantere, für die Bank aber lukrative Anlagen.*
- *Die Einwilligung eines achtjährigen Kindes, sein neues Fahrrad für eine Tafel Schokolade zu verkaufen.*
- *Die Einwilligung eines Junggesellen (oder Bigamisten), eine Bigamistin zu heiraten.*
- *Die Einwilligung eines Mieters zu nichtigen Vertragsklauseln.*
- *Die Einwilligung zum Kauf eines Gebrauchtwagens, dessen Tacho massiv manipuliert wurde.*
- *Die Einwilligung zu einem Finanzgeschäft, bei dem ein raffinierter Berater den Kunden konsequent manipuliert hat.*

Diese Liste lässt sich beliebig erweitern. Aber auch eine Liste strittiger Fälle lässt sich leicht anlegen und verlängern:

- *Die Einwilligung eines verängstigten und verunsicherten Patienten zu einer Operation, deren Erklärung durch das medizinische Personal dieser nur teilweise versteht.*

- *Die Einwilligung verstörter und trauernder Eltern zu einer Organentnahme bei ihrer vor wenigen Stunden tödlich verunglückten Tochter.*
- *Die Einwilligung zu einem Kaufvertrag, dessen Klauseln für Nichtjuristen nicht zu verstehen sind.*
- *Die Einwilligung der 82-jährigen Millionärin zu einer Testamentsänderung, die ihre Kinder enterbt und als Universalerben ihren 24-jährigen Liebhaber vorsieht.*
- *Die Einwilligung einer trauernden Witwe, der Geisterseherin 2000.- Euro Honorar für die Herstellung des Kontaktes zu ihrem verstorbenen Gatten in der Geisterwelt zu bezahlen.*
- *Die Einwilligung, eine Steuererklärung zu unterzeichnen – vor dem Hintergrund eines selbst für viele Experten nicht mehr zu durchschauenden Wirrwarrs an unklaren und widersprüchlichen Gesetzen zur Untertanenbesteuerung.*

Mit diesen und vielen ähnlich gelagerten Fällen betreten wir eine normative Grauzone. Diese Fälle sind nicht trivial, sie haben Gewicht. Umso interessanter ist es, die normative Frage zu beantworten unter welchen Bedingungen Einwilligung Verbindlichkeit schaffen soll – und wann nicht. Genauer gilt es, die hinreichenden und notwendigen Bedingungen zu bestimmen unter denen Einwilligung zustande kommen soll und woran diese Bedingungen jeweils erkennbar sind.

Als Philosoph hätte ich dazu einiges zu sagen und habe das an anderer Stelle auch getan.¹ Mein Anliegen ist in dieser Arbeit aber ein anderes, nämlich ein empirisches. Ich möchte die Klärung der normativen Frage durch einen Blick auf die Vielfalt der Manipulationstaktiken unterstützen, deren Einsatz eine Einwilligung auf unfaire Art und Weise herbeiführen, beeinflussen und verzerren kann.

¹ Andreas Edmüller: Plädoyer für die Freiheit und gegen die Gleichheit, KDP (Amazon), 2013.

2. Manipulation: Was ist das?

Es geht mir an dieser Stelle nicht um eine wissenschaftlich präzise Begriffsdefinition. Diese dürfte wie für viele umgangssprachliche Ausdrücke nur schwer zu entwickeln sein. Ich bin mit einer Klärung des Begriffes zufrieden, die für die Zwecke dieser Arbeit ausreicht:

Das Ziel eines Manipulators ist es, dass sein Opfer tut, was er möchte – z.B. ohne erkennbaren Zwang seine Einwilligung zu etwas gibt. Dabei setzt der Manipulator unfaire Techniken und Vorgehensweisen ein, um sein Opfer im gewünschten Sinne zu beeinflussen.

Musterbeispiele dafür liefert die seit Menschengedenken mit viel Hingabe praktizierte Kunst des Falschspiels. (Sogar in einem ägyptischen Fürstengrab wurden getürkte Würfel gefunden. Tja, Hochkultur.)²

Beispiel 1: Ziel des Falschspielers ist es, dass sein Opfer im letzten Spiel der abendlichen Pokerrunde sein ganzes Geld (voller Vorfreude auf einen riesigen Gewinn) auf sein Full House setzt – um dann natürlich gegen die 4 Damen des Falschspielers (taktisch klüger: seines Komplizen) zu verlieren. Um das zu erreichen, wird der Falschspieler seinem Opfer den ganzen Abend über den Eindruck vermitteln, er (oder sie – auch das kommt vor) sei der beste Pokerspieler am Tisch und hätte dazu noch eine so beeindruckende wie stabile Glückssträhne. Neben der handwerklichen Fähigkeit, die Karten in diesem Sinne zielführend zu handhaben, greift der Falschspieler auf seine Menschenkenntnis und Nervenstärke zurück: Er wird geduldig und Schritt für Schritt mit der Eitelkeit, dem Wunschenken und der Gier seines Opfers spielen – und es so in aller Ruhe auf den finalen Nackenschlag vorbereiten.

² Einen zuverlässigen, lehrreichen und unterhaltsamen Überblick liefert Steve Forte: Casino Game Protection. Las Vegas, Nevada, 2004.

Beispiel 2: Haben Sie schon einmal ein Bande von Hütchenspielern beobachtet? Ein ausgesprochen lehrreiches Erlebnis – aber bleiben Sie dabei auf Distanz! Deren Opfer soll dazu gebracht werden, einen hohen Betrag auf die eine von drei Walnusschalen zu setzen, unter der sich seiner Meinung nach eine Erbse befindet. Natürlich ist das Geld futsch – weil die Erbse so heimlich wie geschickt und für einen Laien nicht erkennbar unter eine andere Nusschale manipuliert wurde.

Ganz so einfach läuft die Sache aber nicht ab. Für das potentielle Opfer wird liebevoll ein komplexes Szenario aufgebaut. Jede dieser Banden hat mehrere Rollen zu besetzen: Die des Passanten, der schon spielt und ein ums andere Mal gewinnt; die des Schleppers, der potentielle Opfer anlockt; die des Passanten, der zufällig vorbeikommt, sehr skeptisch ist, dann aber vorsichtig spielt und immer mehr Geld gewinnt; die des Hütchenspielers selbst, der mit den Nusschalen arbeitet. Und natürlich die des Schlägers der eingreift, falls das Opfer sich als überklug herausstellen sollte. (Niemand hat gesagt, dass es sich um eine romantische Angelegenheit handelt.)

Auch hierbei wird das Opfer Schritt für Schritt so systematisch wie konsequent manipuliert: Seine Wahrnehmung der Situation, seine Einschätzung der tatsächlichen Gewinnchancen. Dann wird sein Bestreben aktiviert, mit wenig Mühe und Einsatz viel Geld zu gewinnen – oft auch sein Gefühl der Überlegenheit über den ungeschickten Hütchenspieler, gepaart mit Selbstüberschätzung. Sie wissen ja schon, wie das Ganze ausgeht ...

Unser Alltag ist voll „erlaubter“, d.h. gesellschaftlich akzeptierter Manipulation, also dem Spiel mit der Realitätswahrnehmung, den Gefühlen, Wünschen und Ängsten der Menschen. Beispiele dafür kennen wir alle:

- *Ich überrede eine Freundin zu einer Bergtour – mit Hilfe einer ganz leicht verzerrten Beschreibung der Länge und Schwierigkeit des Anstiegs.*
- *Beim Flirt und in der Werbung geht es um die optimale Mischung aus einseitiger Produktdarstellung und emotionalen Beeinflussungstechniken.*
- *Weniger amüsant aber auch sehr wirkungsvoll ist der Entwurf eines Höllen- und Angstszenarios durch die Priester diverser Religionen.*
- *Gleiches gilt für Politik und Journalismus: Katastrophenszenarien machen Angst und bringen Stimmen bzw. Auflage.*
- *Man kann diese Techniken übrigens auch ganz legal erlernen: Der Markt ist voll von „Weiterbildungsseminaren“, die vermeintlich das nötige Wissen und Können zur Manipulation der Mitmenschen, Kollegen und Mitarbeiter vermitteln.³*

Manipulation im Alltag ist erlaubt, weil oft spielerisch und harmlos, weil oft nicht klar beweisbar und weil wir vor allem davon ausgehen, dass ein mündiger Bürger über ein beachtliches Selbstschutspotential verfügt. Beschäftigt man sich näher mit dem Thema, so wird man sich allerdings sehr schnell und sehr intensiv darüber wundern, wie leicht Menschen manipulierbar sind. Man wird sich dann auch die Frage stellen, wie weit dieses Selbstschutspotential tatsächlich vorhanden ist – und ab wann Manipulation juristisch relevant werden sollte.

Im Folgenden werde ich die enorme Bandbreite und Vielfalt an Manipulationstechniken ein wenig beleuchten. Das Thema ist extrem umfangreich, deshalb beschränke ich mich auf repräsentative Beispiele. Aus Gründen der Übersichtlichkeit unterscheide ich Techniken, die den Verstand überlisten, also Denkfehler direkt erzeugen sollen und

³ Zum Glück ist das Meiste davon krasser Blödsinn und funktioniert eh nicht. Manipuliert werden vor allem die Seminarteilnehmer, die teuer Geld dafür bezahlen. Viktor Lau: Schwarzbuch Personalentwicklung, Spinner in Nadelstreifen, Stuttgart, 2013.

Techniken, die den Verstand vernebeln, umgehen oder ausschalten sollen. Klassischer Kandidat für letztere ist das Spiel mit Emotionen und Leidenschaften. In der Praxis gibt es aber oft Überlappungen.

3. Non Sequitur – oder: Das *also* ist falsch!

Manipulationstaktiken zur Täuschung unseres Verstandes sind ausgesprochen beliebt und weit verbreitet. Pfiffige Scheinargumente bzw. Fehlschlüsse sehen auf den ersten Blick aus wie ein richtiges Argument, hören sich auch so an, appellieren scheinbar ganz nüchtern an unsere Einsicht und bringen uns dazu, unsere Überzeugung zu ändern – ohne guten Grund.

Der Schluss vom Sein auf das Sollen

Die Natur klont keine Menschen – deshalb müssen wir Klonen unbedingt per Gesetz verbieten.

Die Natur hat uns Menschen ganz ungleich ausgestattet. Deshalb ist es nicht richtig, politische Gleichheit zu fordern.

Genmais ist unnatürlich – es ist deshalb unsere moralische Pflicht seinen Anbau zu verhindern.

Klingt im Grunde ganz plausibel, oder? Aber so, wie die Argumente hier stehen, haben wir keinen Grund, die Schlussfolgerung (den Satzteil nach dem Wörtchen „deshalb“) zu akzeptieren. In allen 3 Beispielen wird derselbe Denkfehler bzw. „geistige Kurzschluss“ begangen: Man schließt von der Beschreibung einer Ist-Situation darauf, wie etwas sein soll bzw. dass etwas getan oder unterlassen werden soll. Kurz: Man „folgert“ eine normative Aussage aus einer deskriptiven. Dieser direkte Schluss ist unzulässig – ohne eine tragfähige Brücke

kommt man nicht vom Ist zum Soll.⁴ Das kann man sich leicht und unkompliziert durch Gegenbeispiele klarmachen (übrigens ganz allgemein ein guter Konter gegen argumentative Manipulationstaktiken):

Die Natur kennt keine künstlich hergestellten Insulinpräparate – deshalb müssen wir diese Medikamente per Gesetz verbieten.

Gleiche Struktur – man sieht aber sofort, dass da etwas faul ist. Mit dieser Argumentationslinie könnte man ja auch Herzschrittmacher und Bypass-Operationen verbieten.

Die Natur hat uns Menschen Aggression ermöglicht. Deshalb ist es nicht richtig, aggressives Verhalten durch irgendwelche Vorschriften oder Gesetze zu unterdrücken.

Auch hier gilt: In der Natur gibt es viele Tendenzen und Phänomene – wie wir darauf reagieren sollen, können wir nicht einfach an dieser Vielfalt ablesen. Kann sein, dass wir gegensteuern sollten, kann sein, dass wir ihnen freie Bahn gewähren sollten. Und „unnatürlich“ sind neben Genmais viele Dinge, deren Herstellung und Benutzung für uns so selbstverständlich wie moralisch einwandfrei ist: Computer, Motoren, Mikrochips, Defibrillatoren.

Die Wirkmächtigkeit und den historischen Einfluss dieser Fehlschlussvariante sollte man nicht unterschätzen. Auch heute noch wird sehr oft genau so „argumentiert“: Eine bestimmte Familienform sei besonders schützenswert, da natürlich oder traditionell gewachsen. Homosexualität sei zu verbieten, da unnatürlich oder in unserer (christlichen) Kultur nicht üblich. Ein Gesetz dürfe nicht in Kraft gesetzt werden, da es die Effizienz eines Wirtschaftssystems mindere (so

⁴ Der schottische Philosoph David Hume hat diesen Denkfehler in *A Treatise of Human Nature* (Buch 3, Teil 1, Kapitel 1; erstmals erschienen 1740) beleuchtet, Oxford, Second Edition, 1978.

wurde auch gegen die Abschaffung der Sklaverei argumentiert). In bayerischen Klassenzimmern sollen die Kreuze hängenbleiben, weil sie doch schon immer dort an der Wand waren und Teil unserer Kultur sind. Und da ich gerade einen Juristen als Leser habe: Warum darf ich eigentlich nicht mit 2 Frauen gleichzeitig verheiratet sein – etwa weil es das bei uns noch nie gegeben hat und gegen die bayerische Tradition ist?

Der Analogie-Schluss

Auch bei Analogieschlüssen sollte man sehr genau hinschauen, ob die Schlussfolgerung tatsächlich aus den Annahmen folgt – oder wir nicht fehlgeleitet werden sollen. Die Struktur eines Analogieargumentes lässt sich so beschreiben:

Die Annahmen:

- *In Situation A war/ist es richtig/falsch Handlung X zu tun/zu unterlassen. (Oder: In Situation A war/ist die Aussage Y richtig/falsch).*
- *Situation B ist wie Situation A.*

Der Schluss:

- *Deshalb ist es auch in Situation B richtig/falsch Handlung X zu tun/zu unterlassen. (Oder: Deshalb ist auch in Situation B die Aussage Y richtig/falsch).*

Das sieht ziemlich abstrakt aus, deshalb gleich ein konkretes (und leider aktuelles) Beispiel:

Nach großen Kriegen ist in verschiedenen Ländern schon mehrmals die wirtschaftliche Lage durch eine Sonderabgabe von ungefähr 10 Prozent des Vermögens der reicheren Bürger stabilisiert worden.

Anders ging es nicht, das zeigt der Erfolg dieser Maßnahmen. Die aktuelle Krise in Europa hat eine ganz ähnliche Dimension. Also sollten wir auch jetzt nicht davor zurückschrecken, diese schmerzhaft aber unbedingt nötige Vermögensabgabe durchzuführen.

Tatsache ist: Dieses Argument finden viele überzeugend – unter anderen der Wirtschaftsminister von Nordrhein-Westfalen.⁵ Man sieht an diesem konkreten Fall sehr schön, wo der Hase bei Analogieargumenten (und in Nordrhein-Westfalen) im Pfeffer liegt: Um das Argument wirklich überzeugend zu machen, müsste die Analogie zwischen den diversen Krisensituationen detailliert ausgearbeitet werden. Da wir in letzter Zeit bekanntlich nicht in einen großen Krieg verwickelt waren, haben wir bereits im ersten Schritt eine signifikante Dis-Analogie. Nur dann, wenn die Analogie stimmig bzw. sinnvoll ist, hat das Argument überhaupt eine Chance. Auf dieser Basis wäre dann weiter zu zeigen, dass die vorgeschlagene Lösung die einzig mögliche bzw. die tatsächlich wirkungsvollste und angemessenste ist. Und schließlich stünde dann immer noch die nicht ganz unerhebliche Frage im Raum, ob eine derartige Maßnahme heute und unter den derzeitigen Rahmenbedingungen gerecht ist. Also: Viel Arbeit für den IWF (und den Herrn Wirtschaftsminister). Der Vorteil des eben geschilderten Scheinargumentes liegt allerdings auf der Hand: Man spart sich diese Mühe und das ganze elende Nachdenken und kann trotzdem die Vermögensabgabe fordern.

Ein weiteres sehr bekanntes und in gewissen Kreisen immer noch gebräuchliches Analogieargument soll die Existenz Gottes beweisen. Ich meine den teleologischen Gottesbeweisversuch; dieser geht etwa so:

⁵ Handelsblatt vom 05.11.2013: NRW-Finanzminister offen für Vermögensabgabe.

Betrachtet man unsere Welt genauer, so wird man unschwer ein sehr komplexes und sehr gut funktionierendes System erkennen. Die unzähligen Teile dieses Systems greifen perfekt ineinander, sind harmonisch aufeinander abgestimmt: Das menschliche Auge, unser Kreislauf, die Rolle der Biene für die Natur und unsere Ernährung ... Unsere ganze Erfahrung zeigt außerdem, dass hinter allen komplexen Systemen dieser Welt intelligente Wesen als Planer und Konstrukteure stehen. Können wir uns vorstellen, dass ein BMW durch Zufall entsteht, ein Roman oder auch nur so relativ einfache Dinge wie ein Wiener Schnitzel mit Kartoffelsalat? Nein, natürlich nicht. Und um wieviel komplexer und verschachtelter als diese menschlichen Produkte ist unsere Welt als Ganze! Also bleibt nur eine Schlussfolgerung: Hinter so enorm viel Abstimmung, Harmonie, System muss ein allweises, allgütiges und allmächtiges Wesen stehen. Wir wissen also, wenn wir ehrlich und vorurteilsfrei unsere Welt betrachten, dass Gott existieren muss.

Die unterhaltsamste und gleichzeitig lehrreichste Diskussion dieser Fehlschlussvariante haben wir dem schottischen Philosophen *David Hume* zu verdanken.⁶ Er gibt sich viel Mühe, die zentralen Denkfehler dieses Beweisansatzes aufzudecken. Am besten funktioniert auch hier wieder die Abwehrtaktik des Gegenbeispiels, speziell der Gegen-Analogie:

Sieht man genauer hin, so erkennt man in unserer Welt auch zahlreiche natürliche Defekte: Unheilbare Krankheiten, angeborene Krankheiten, lästige Krankheiten (Schuppenflechte), Naturkatastrophen, bestenfalls zweitbeste Lösungen wie das menschliche Knie oder überflüssige Ärgernisse wie Stechmücken. Die Erklärung für Defekte und

⁶ David Hume: *Dialoge über Natürliche Religion*, Stuttgart, 1981 (Übersetzung von N. Hoerster). Humes Untersuchung der klassischen Gottesbeweisversuche ist 1779 erstmals erschienen und gilt seither als Modell nüchterner und handwerklich ausgezeichneter Argumentation.

Pfusch kennen wir aus unserer Erfahrung: Planungsirrtümer, Fehlkonstruktionen, Umsetzungsfehler und Schlamperei. Also bleibt nur eine Schlussfolgerung: Hinter alledem steht ein Wesen, das sicher nicht allwissend und allmächtig ist. Vielleicht eine eher unterqualifizierte Gottheit, die in unsere abgelegene Ecke des Universums abgeschoben wurde, damit sie woanders keinen großen Schaden anrichten kann? Vielleicht auch eine ziemlich unmotivierte Gottheit, die mit ihren Gedanken ganz woanders war? Oder vielleicht ist unsere Welt ja der erste und somit zwangsläufig mangelhafte Versuch einer ansonsten ganz vielversprechenden Schöpfergottheit, die nach einiger Übung an anderer Stelle im Universum bessere Welten geschaffen hat ...?

Betrachtet man das Ausmaß an Niedertracht, Grausamkeit, Hass und Feindseligkeit in unserer Welt, dann liegt auch der Schluss auf eine boshafte und sadistische Schöpfergottheit sehr nahe – jedenfalls näher als der auf eine allgütige.

Also: Vorsicht vor Analogieschlüssen! Sie können funktionieren – müssen aber sehr genau und präzise ausgearbeitet werden um wirklich belastbar zu sein.

4. Wahrscheinlich geht es oft daneben

Wie eben gesehen führt der Verstand uns gerne und leicht in die Irre, wenn wir beim Schlussfolgern und Begründen nicht aufpassen. Die nächste Hiobsbotschaft betrifft unser Vermögen, sauber mit Wahrscheinlichkeiten umzugehen – hier neigen die meisten von uns zu unangemessenem Optimismus.

Titanic Thompsons Wette

Wie hoch ist Ihrer Meinung nach die Wahrscheinlichkeit, dass unter den nächsten 30 Passanten, die an unserem Tisch im Schwabinger Straßencafe vorbeikommen, zwei genau denselben Geburtstag (Tag und Monat) haben? Überlegen Sie in Ruhe: 30 Passanten und 365 Tage ... welche Chancen würden Sie mir in einer Wette anbieten?

Arnold Rothstein – *The Brain* – ein so schillernder wie berühmter Großgangster im New York der 20er Jahre hat sich dazu verführen lassen, *Titanic Thompson*, dem wohl legendärsten Spieler und *Con-Artist* des 20. Jahrhunderts, die Wette mit 365:30 anzubieten. *The Brain* hat krachend verloren.⁷ Warum? Es ist schwer zu glauben, aber die Chance auf einen gemeinsamen Geburtstag beträgt ab Person Nummer 23 schon mehr als 50% – bei 57 Personen sind es bereits 99%. Die mathematische Realität dieses als „Geburtstagsparadoxon“ bekannten Experimentes widerspricht so sehr unseren Intuitionen, dass es leicht sein dürfte, regelmäßig Partner zu finden, die gerne bereit sind, mit ihrem Geld auf das Versagen mathematischer Gesetzmäßigkeiten zu wetten.⁸

Eines der zentralen Erfolgsgeheimnisse *Thompsons* war übrigens eine strikte und absolut legale Orientierung bei seinen Wetten und Kartenspielen wie Poker an der Wahrscheinlichkeitsrechnung. Nicht das einzige, wohlgemerkt, aber ein langfristig betrachtet extrem wirkungsvolles. Es ist deshalb wirkungsvoll, weil die allermeisten Menschen glauben, durch Glück die Gesetze der Wahrscheinlichkeit überwinden zu können – oder diese Gesetze falsch einschätzen. Diesen Zeitgenossen verdankte *Thompson* einen guten Teil seines Lebensunterhalts. Unser Rechtsstaat macht übrigens ganz gezielt auf Basis dieses Phä-

⁷ Kevin Cook: *Titanic Thompson*, Kapitel 6, New York, 2010.

⁸ Bei Wikipedia finden Sie eine knappe und klare Betrachtung zur Geburtstagsproblematik.

nomens in den von ihm als Monopolbetrieben geführten Casinos und Lotterien ordentlich Kasse. *Thompson* hat nie in Casinos gespielt und er wusste auch genau warum.

Was lernen wir von *Titanic Thompson*? Ganz einfach: Erstens, unser Vermögen, Wahrscheinlichkeiten auch nur in der rechten Dimension intuitiv oder spontan einzuschätzen ist ausgesprochen schwach entwickelt. Zweitens lohnt es sich, Wahrscheinlichkeitsargumenten genau auf den Zahn zu fühlen. Ein kluger Manipulator kann uns da sehr leicht Schlussfolgerungen unterschieben, die zwar dem gesunden Menschenverstand sofort einleuchten, den Gesetzen der Mathematik aber widersprechen. Der Manipulator kann dabei übrigens mit dem Manipulierten identisch sein: *Titanic Thompson* hat uns, drittens, darauf aufmerksam gemacht, dass wir uns auf diesem Feld sehr leicht selbst täuschen können.

Können Sie sich ausmalen, welche Möglichkeiten sich einem geschickten Manipulator bieten, der seine Kompetenzen dem Verkauf von Risikoanlagen an „Normalbürger“ widmet? Wie überzeugend er seine Risikoargumentation entwickelt? Wir lesen davon immer wieder in der Zeitung, sind aber zum Glück sicher, dass uns so was ja nie passieren könnte ...

Wahrscheinlich oder typisch?

Ich hatte vor einiger Zeit eine Studentin, Johanna. Ihr Hauptfach war Politikwissenschaft. Bei mir studierte sie im Nebenfach Philosophie, Nebenfach Nummer 2 war Soziologie. Sie hat sich während des Studiums in verschiedenen Dritte Welt-Gruppen für fairen Handel mit Entwicklungsländern eingesetzt, war hin und wieder bei Greenpeace aktiv (einmal habe ich sie auf einem von ihr besetzten Baum gesehen) und war immer gerne in freier Natur unterwegs, speziell in den Alpen. Sie ist jetzt 36 Jahre alt, alleinstehend und wohnt in einer WG in

Schwabing. Was schätzen Sie, ist aus Johanna nach ihrem Studium geworden:

- Sie arbeitet als Pressesprecherin bei einer der größten Umweltschutzorganisationen Deutschlands;
- sie arbeitet als Pressesprecherin bei einer der größten Umweltschutzorganisationen Deutschlands und nimmt regelmäßig an vorderster Front an öffentlichkeitswirksamen Aktionen teil;
- sie arbeitet als Beraterin bei McKinsey?

Wenn Sie spontan auf Option 2 getippt haben ... lesen Sie bitte weiter und überlegen Sie mal in Ruhe: Von wie vielen Umweltschutzorganisationen kann implizit die Rede sein? Sicher nicht von mehr als vier oder fünf – es geht ja um die größten. Von wie vielen Posten als Pressesprecherin reden wir also insgesamt? Und wie viele Beraterinnen arbeiten bei McKinsey (auch solche mit geisteswissenschaftlichem Studium)? Außerdem: Die zweite Option ist ein Sonderfall der ersten, also per se weniger wahrscheinlich. Kurz: Denkt man rein in Wahrscheinlichkeiten, so müsste man eine Beschäftigung bei McKinsey annehmen und dann Option 1 vor Option 2 setzen. Vielen von uns (ich bin da auch schon reingefallen) fällt das bei dieser Art von Beispiel nicht leicht – dagegen sträubt sich was in uns.

Was ist da los? Wir lassen unser Urteil zur Wahrscheinlichkeit leicht von unserer Einschätzung des Typischen beeinflussen und verzerren. Das Problem dabei: Das Typische ist nicht immer das Wahrscheinliche. Für Pressesprecher von Umweltorganisationen ist ein Lebenslauf wie der Johannas „viel typischer“ als für Unternehmensberaterinnen und die aktive Teilnahme an diversen öffentlichkeitswirksamen Aktivitäten „typischer“ als die Beschränkung auf den Schreibtisch als Wirkungsbereich. Also liegt es doch nahe, dass ...

Nobelpreisträger *Daniel Kahnemann* wollte es genau wissen. Er und seine Mitarbeiter haben sehr viele „reduzierte“ Versuchsreihen zu

diesem Thema durchgeführt. Genauer: Es gab jeweils nur Option 1 und 2 bzw. ähnlich gelagerte Fälle zur Auswahl. Sehr zu seinem Erstaunen und bei fortschreitender Verzweigung hat er konsequent folgendes Resultat erhalten: 85% bis 90% der Testpersonen (immerhin *Undergraduates* großer amerikanischer Universitäten) haben sich für Option 2 (!) entschieden (die Quelle des Erstaunens) – und diese Wahl dann in der Diskussion oft auch noch verteidigt (daher die Verzweigung).⁹

5. Glatt verschätzt

Die folgenden Manipulationstaktiken haben mehr mit unserem Vermögen eine Schätzung abzugeben zu tun, als mit einer Wahrscheinlichkeitsüberlegung. Sie können aber natürlich jede Art von Überlegung beeinflussen und verzerren.

Der Anker

Für mich persönlich ist dieses Phänomen eines der erstaunlichsten und erschreckendsten. Wir haben es in vielen Seminaren für Manager zum Thema „Entscheidungsfallen“ ausprobiert; seine Wirksamkeit hat sich immer und immer wieder bestätigt. Ein Beispiel:

Wir bitten parallel je eine Gruppe von Seminarteilnehmern, eine Schätzung zur Einwohnerzahl eines fernen Landes, z.B. Venezuelas, abzugeben. Aus diesen Einzelschätzungen bilden wir dann den Durchschnittswert für die Gruppe. Wir suchen natürlich ein Land aus, dessen Einwohnerzahl unseren Teilnehmern mit hoher Wahrscheinlichkeit

⁹ Diese inzwischen als „Linda-Experiment“ bekannte Testreihe beschreibt Daniel Kahnemann ausführlich in *Thinking, Fast and Slow*, (Kapitel 15: Linda – Less is More), London, 2011.

nicht bekannt ist. Die beiden Gruppen befinden sich in getrennten Räumen.

Das Resultat: Die jeweiligen Durchschnittsergebnisse der Schätzung unterscheiden sich stark voneinander. Aber: Diese Unterschiede konnten wir vorhersagen, weil wir die Schätzung manipulativ beeinflusst haben. Das geht bzw. ging ganz einfach: Wir haben unsere Fragestellung damit eingeleitet, dass wir die Einwohnerzahl von 3 anderen Ländern genannt haben – mit einem kleinen aber wichtigen Unterschied: Gruppe 1 haben wir mit 3 eher niedrigen Einwohnerzahlen konfrontiert, Gruppe 2 mit bevölkerungsreichen Ländern. Das Ergebnis ist immer wieder das gleiche: Die Durchschnittsschätzung von Gruppe 2 liegt weit über der von Gruppe 1. Die hohen Einwohnerzahlen haben als Anker gewirkt.

Das Verrückte an diesem Phänomen ist, dass es auch funktioniert, wenn der Anker in keinerlei sinnvollen Zusammenhang mit der Schätzgröße steht! *Thaler* und *Sunstein* haben ihre Studenten mit folgender Aufgabe konfrontiert:¹⁰

Nehmen Sie die 3 letzten Ziffern ihrer Telefonnummer und addieren Sie 200 zu dieser Zahl. Schreiben Sie das Ergebnis bitte auf. Wann hat Attila der Hunne Europa überrannt? Schreiben Sie diese Jahreszahl bitte neben die erste Zahl.

Sie haben wahrscheinlich schon erraten, was bei diesem kleinen Experiment immer wieder herauskam: Ganz offensichtlich besteht ein sehr starker Zusammenhang zwischen der Telefonnummer einer Person und ihrer zeitlichen Einordnung historischer Ereignisse! Genau deshalb erschreckt mich dieses Phänomen so: Es funktioniert – obwohl

¹⁰ Thaler und Sunstein: *Nudge*, (Kapitel 1: Biases and Blunders), London, 2009.

bzw. auch wenn niemand auch nur ansatzweise versucht, einen Zusammenhang zwischen Anker und Ergebnis herzustellen!

Stellen Sie sich vor, wie oft in Sitzungen über Zahlen gesprochen wird, Budgets geschätzt, Haushalte abgesteckt, Preise verhandelt werden. Die Ergebnisse dieser Diskussionen werden sicher oft von der vorherigen Diskussion und deren Zahlen beeinflusst – auch wenn diese schon abgeschlossen ist und in keinerlei Zusammenhang mit der Folgediskussion steht. Ein Manipulator kann sein Wissen um die Ankerfalle z.B. leicht nutzen, um seine Forderung hoch oder niedrig erscheinen zu lassen – es kommt nur drauf an, in der Diskussion geschickt ein paar Anker zu setzen.¹¹

Sie kennen sicher das gesellschaftliche Phänomen der Wunderheiler und Fernsehprediger (speziell in den USA). Diese arbeiten mit so ziemlich allen Tricks und Manipulationstaktiken, die man sich vorstellen kann – natürlich auch mit dem Anker. Der übliche Spendenaufruf wird normalerweise durch die Nennung bereits getätigter Spendensummen eingeleitet ... welche Summen würden Sie nennen, wenn Sie an der Maximierung des Spendenaufkommens interessiert sind?

Der Blickwinkel

Auch die Art oder Formulierung der Fragestellung kann unsere Antwort beeinflussen. Mit anderen Worten: Wer diese Zusammenhänge kennt, kann die Chancen auf seine Wunschantwort deutlich erhöhen. Dazu noch ein Beispiel von *Thaler* und *Sunstein*.¹² Ein Arzt erklärt seinem Patienten das Risiko der anstehenden Operation so:

¹¹ Ich mag gar nicht daran denken, was sich da im Rahmen der Verhandlungen zur Großen Koalition im November 2013 alles abspielt.

¹² Thaler und Sunstein: *Nudge*, (Kapitel 1: Biases and Blunders), London, 2009.

Von 100 Patienten, bei denen wir diesen Eingriff vornehmen, sind 90 nach 5 Jahren noch am Leben.

Hört sich nicht gar so schlecht an, oder? Was halten Sie von folgender Aussage:

Von 100 Patienten, bei denen wir diesen Eingriff vornehmen, sind 10 nach 5 Jahren nicht mehr am Leben.

Beide Aussagen sind inhaltsgleich und beschreiben das Risiko der Operation korrekt. Trotzdem dürfte die Zustimmungsrage bei der ersten Version höher sein als bei der zweiten. Es sind tatsächlich viele Möglichkeiten bekannt, durch die Art der Fragestellung die Antwort zu beeinflussen; dahinter stehen wohl auch ganz unterschiedliche „Mechanismen“. Hier noch ein wunderschönes Beispiel; es stammt von *Thomas Schelling*.¹³

Unser Steuersystem soll Familien mit Kindern entlasten. Dabei ist der Ausgangspunkt bzw. der „Normalfall“ für die Steuerermittlung eine Familie ohne Kinder; jedes Kind führt zu einer Entlastung. Zum Grundprinzip dieser Entlastung Frage 1:

Sollte die Entlastung für Besserverdienende höher sein als für arme Familien?

Für die meisten Bewohner Deutschlands dürfte die Antwort klar sein: Nein, natürlich darf man die Besserverdienenden nicht bevorzugen, das wäre ein massiver Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz, schließlich sind alle Kinder gleich viel wert etc. Nun können wir uns aber auch ein alternatives Steuersystem vorstellen, das als Normalfall oder Ausgangspunkt die Standard-Familie mit 2 Kindern annimmt.

¹³ Daniel Kahnemann: *Thinking, Fast and Slow*, (Kapitel 34: Frames and Reality), London, 2011.

Familien mit geringerer Kinderzahl (eines oder keines) müssten dann höhere Steuern zahlen als die „Normalfamilie“, also de facto einen Aufschlag. Dazu Frage 2:

Sollten die kinderlosen armen Familien genauso viel Aufschlag zahlen wie die kinderlosen besserverdienenden Familien?

Auch hier wage ich eine Prognose: Die meisten Bundesbürger würden Frage 2 mit Nein beantworten. Das Problem ist ganz einfach, dass die beiden Antworten nicht zusammenpassen. Stellen wir die beiden Fragen nebeneinander, dann sehen wir leichter, was da los ist:

Frage 1: Sollte die Entlastung für Besserverdienende höher sein als für arme Familien? Antwort: Nein.

Frage 2: Sollten die kinderlosen armen Familien genauso viel Aufschlag zahlen wie die kinderlosen besserverdienenden Familien? Antwort: Nein.

Frage 1 bezieht sich auf einen Steuernachlass, Frage 2 auf einen Steueraufschlag. Wer bei Frage 1 für die ärmeren Familien mindestens den gleichen Nachlass wie für die besserverdienenden möchte, sollte nach den Gesetzen der Logik eigentlich auch in Frage 2 den mindestens gleichen Aufschlag fordern. Sonst wäre die Entlastung durch ein Kind für eine besserverdienende Familie ja höher. Tja, sollte eigentlich ...

Die Liste ähnlich gelagerter Beispiele und ein Blick auf deren Erklärung würden den Umfang dieses Aufsatzes sprengen. Malen Sie sich ruhig einmal aus, welche Beeinflussungsmöglichkeiten über die Details der Formulierung, über die Gestaltung des Blickwinkels überall da bestehen, wo eine Frage zur Entscheidung ansteht: Bei Volks- oder Bürgerentscheiden, bei Meinungsbefragungen, grundsätzlich bei der Gestaltung von Fragebögen etc., bei der Befragung von Zeugen, ...

6. *Methodisch daneben*

Denkfehler bzw. Manipulationsrisiken können auch in der prima facie einwandfreien Methodik lauern, Aussagen bzw. Thesen zu begründen. Vermeintlich wissenschaftliche Vorgehensweisen können uns leicht in die Irre führen.

Die Bestätigungsfälle

In der Wissenschaftsphilosophie wurde lange die Ansicht vertreten, man könne durch Induktionsschlüsse allgemeine Aussagen bestätigen bzw. folgern. Was heißt das? Das lässt sich gut an einem bekannten Beispiel erläutern:

Will man die These, alle Schwäne seien weiß begründen, so untersuche man viele Schwäne. Jeder weiße Schwan, also jeder Einzelfall, der der These entspricht, bestätigt diese – bis ein Punkt erreicht ist, an dem man die These mit hinreichender Sicherheit aus der Zahl der Einzelfälle folgern darf. Die Einzelfälle bestätigen die allgemeine Aussage.

Die Entdeckung schwarzer Schwäne in Australien hat allerdings nicht nur die Biologie, sondern auch die Philosophie weitergebracht. Man hat sehr schnell gemerkt, dass noch so viele „bestätigende“ Einzelfälle keinen sicheren Schluss auf eine allgemeine Aussage erlauben.

Trotzdem begegnen wir dieser Bestätigungsfälle im Alltag immer wieder. Wir tendieren alle dazu, nach einer bestimmten Menge von gleichförmigen Einzelfällen die entsprechende allgemeine Aussage „als gesichert“ zu akzeptieren. Damit einher geht dann die Tendenz, widersprechende oder sperrige Einzelfälle zu ignorieren. Ein uns allen bekanntes Beispiel liefern Stereotype und Feindbilder. Haben wir ein Feindbild (ein negatives Bild tut es auch schon) von Person X, dann ist es für diese sehr schwer, dieses Bild zu durchbrechen oder zu verän-

dern. Wir nehmen sehr genau jeden Vorfall wahr, der das Feindbild bestätigt; oft suchen wir sogar gezielt nach diesen Beispielen und speichern sie im Langzeitgedächtnis ab. Vorfälle, die dem Feindbild eigentlich widersprechen, werden konsequent ignoriert oder um- bzw. weginterpretiert.¹⁴

Wir können diesen Mechanismus in den Massenmedien immer wieder erkennen und seine Wirksamkeit verfolgen: Ein paar Beispiele reichen offenbar, damit sich eine Zeitung und Millionen Leser ein Bild von „den Griechen“ oder „den Deutschen“ (die Zuständigkeit dafür liegt schwerpunktmäßig bei der englischen *Yellow Press*) machen können – oder von „dieser Partei“ oder „dieser Person“. Hat dieses Bild sich erst einmal verfestigt, dann ist es extrem schwer mit Gegenbeispielen noch durchzukommen – falls die Medien überhaupt ein Interesse daran haben sollten, diese zu veröffentlichen.

Diese Denkfalle verstärkt der folgende Mechanismus: Oft haben wir uns in eine These verliebt; wir möchten, dass sie stimmt, weil sie uns „in den Kram passt“. Dann haben wir selbstverständlich den Wunsch, bestätigt zu werden – wir alle haben gerne Recht. Und eine naheliegende, nicht wegzudiskutierende Bestätigung sind eben Einzelfälle, die der These entsprechen, die „zeigen“, dass sie stimmt.

Schöne Beispiele der Bestätigungsfälle finden sich immer wieder in der „Managementliteratur“. Die Unternehmensberatung kennt wie so viele Bereiche unserer Welt Moden. Das sind Ansätze, die endlich alles erklären und alles verbessern können und meistens auch ganz einfach funktionieren – angeblich. Oft wird in den einschlägigen Darstellungen nach diesem Schema argumentiert: Der Autor schildert sehr anschaulich und eingängig Erfolgsbeispiele für eine Umstrukturierung,

¹⁴ Andreas Edmüller: *Konfliktmanagement*, WEKA Business Dossier, Zürich, 2011.

einen Turnaround oder eine Neugründung. Aus diesen Beispielen werden dann Faustregeln für den Erfolg abgeleitet und der Anspruch erhoben, nun wisse man (endlich) „wie es geht“. Eine erweiterte Betrachtung von Einzelfällen zeigt aber in aller Regel, dass einerseits diese Faustregeln nicht immer und überall funktionieren und andererseits Erfolg auch auf ganz anderen Wegen erzielt wurde und wird (Wir wissen es ja eigentlich: Viele Wege führen nach Rom!).

Natürlich setzen unsere Politiker diese Taktik immer wieder und sehr gerne ein – gilt es doch, Wähler mit Hilfe von Patentrezepten zu gewinnen. Oft geschieht dies durch den Verweis auf Fälle, in denen ein Gesetz oder eine Intervention zum gewünschten Ergebnis geführt hat – irgendwo und irgendwann einmal (zumindest so ein bisschen). Nicht erwähnt werden die Fälle, in denen entsprechende Gesetze oder Interventionen keinen oder sogar nachteilige Effekte hatten. Aktuelle Beispiele für diese Taktik sind die Debatte um Mindestlöhne, unser Bildungssystem, eine Vermögenssteuer oder Anreize fürs Kinderkriegen – und die um den Themenkomplex „Euro/Europa/den Frieden in Europa“. Nüchterne und abgerundete Argumentation findet dazu schlicht und einfach nicht statt. Fast wäre man geneigt, aus dieser Fülle an Beispielen die allgemeine Regel abzuleiten, dass Politiker weder moralisch noch intellektuell in der Lage sind die Bestätigungsfälle zu vermeiden. Aber das wäre ja auch wieder eine unzulässige Verallgemeinerung.

Karl Popper, der bekannte österreichische Philosoph, hat uns den wirksamsten Schutz gegen diese Falle aufgezeigt:¹⁵

Versuche nicht (nur), eine Theorie oder These zu bestätigen – versuche aktiv und konsequent, sie zu widerlegen!

¹⁵ Karl. R. Popper: Wissenschaftslehre in entwicklungstheoretischer und in logischer Sicht, in: Alles Leben ist Problemlösen, München, 1994.

Diese Regel soll uns dabei helfen, den Blick konsequent auf die Fülle möglicher Daten zu richten, den „Pro-Filter“ abzulegen und gezielt nach Schwachstellen der These zu suchen. Leicht ist das nicht:

Da entwickelt man unter großen Mühen eine Theorie, die viele Fälle erklärt – und dann soll ich selber alles tun um sie zu widerlegen?

Einen „bombensicheren“ Beweis für eine These oder Theorie werden wir so natürlich auch nicht gewinnen können – aber die Sicherheit, sehr viel getan zu haben, um unseren Wissensbestand von Irrtümern frei zu halten.

Unklare Begriffe erleichtern die Argumentation

Nicht umsonst ist die Lehre von der Begriffsdefinition ein zentraler Bestandteil von Grundlagenkursen der Wissenschaftstheorie:¹⁶ Viele Argumente hören sich plausibel und überzeugend an, weil eine begriffliche Unklarheit unerkannt bleibt oder sogar absichtlich eingebaut wird. Hier gleich ein paar Beispiele:

Die Einführung eines flächendeckenden Mindestlohns ist ein Gebot sozialer Gerechtigkeit.

Eine moderate Vermögenssteuer ist doch keine Katastrophe für die Reichen, sondern schlicht und einfach sozial gerecht.

Die riesige Kluft zwischen Managergehältern und der Entlohnung von Facharbeitern ist eine monumentale soziale Ungerechtigkeit.

¹⁶ Wolfgang Stegmüller: Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie. Band I: Wissenschaftliche Erklärung und Begründung, Berlin u.a., 1974 (verbesserter Nachdruck).

Das hört sich alles bekannt und vertraut an –beruht aber auf begrifflicher Vernebelungstaktik. Um das zu erkennen, bitte ich den Leser um eine klare Antwort auf die folgende Frage:

Was ist der Unterschied zwischen Gerechtigkeit und sozialer Gerechtigkeit?

Tja – im Grunde kann man auf das Beiwort „sozial“ ohne inhaltlichen Verlust verzichten. Das Problem: Dann hören sich die 3 mit seiner Hilfe formulierten Aussagen gleich weit weniger selbstverständlich an, laden mehr zur Diskussion und zum Nachdenken ein – und gerade das soll ja vermieden werden.

Leider ist mir diese erhellende Frage nicht selber eingefallen. Ich habe sie von dem Nobelpreisträger Friedrich von Hayek übernommen. Er möchte uns mit ihrer Hilfe zum Nachdenken anregen – zum Nachdenken darüber, welchen Sinn der Begriff der sozialen Gerechtigkeit eigentlich hat. Und er möchte uns damit im nächsten Schritt seine These nahebringen, dass der Ausdruck „sozial“ ein Wieselwort ist. Wieselwort? Wiesel saugen bekanntlich die Eier in Vogelnestern aus, ohne dass die Vogeleltern das bemerken. Letztere versuchen dann, ein leeres Ei auszubrüten. Hayeks These: Der Ausdruck „sozial“ nimmt den Wörtern, mit denen er kombiniert wird jeden klaren Sinn – übrig bleiben leere bzw. beliebig interpretierbare Worthülsen. Und ganz krass wird es, wenn „sozial“ als verbaler Einzelkämpfer auftritt:

Die Weigerung, eine Vermögenssteuer einzuführen, ist total unsozial.

Was immer das heißen mag: Es ließe sich ohne den Nebel-Ausdruck „sozial“ wesentlich klarer zum Ausdruck bringen. Aber dann hat man wieder den Nachteil, dass Klarheit angreifbar macht – zumindest zum Nachfragen und Nachdenken einladen könnte.

Wenn Sie jetzt empört denken, dass ich hier politische Propaganda mache, dann bitte ich, erstens, um einen Blick in den Duden. Was unter „sozial“ dort zu finden ist, ist sehr wenig und politisch gesehen sehr ernüchternd. Zweitens werden die oben angeführten Thesen durch den Verzicht auf diesen Ausdruck nicht widerlegt. Es ist halt nur schwerer, sie argumentativ zu vertreten – übrigens auch interessanter. Und drittens gibt es viele Begriffe, die ähnlich verschwurbelt sind, aber zum Lieblingsrepertoire anderer politischer Lager zählen:

Familienfeindlich, wertezersetzend, unnatürlich, gegen den Geist unserer Verfassung/Partei/Tradition, national, anti-europäisch, neoliberal, linksliberal, nationalliberal, deutsche Leitkultur, Gutmensch, gesundes Volksempfinden, populistisch, christlich-abendländischer Wertekanon, Gemeinwohl,

Unklare Begriffe dienen neben ihrer Funktion, Inhaltsleere als Tiefsinn zu tarnen, auch oft als Diskussionsstopper bzw. als Immunisierungsspritze. Gerade in einem „politisch korrekten“ Diskussionsklima braucht es mehr Überwindung, den Nachweis anzutreten, dass eine vermeintlich sozial gerechte Position nicht haltbar ist, als den, dass eine „lediglich“ gerechte dies nicht ist. Wer steht schon gerne auf und fängt an, gegen die soziale Gerechtigkeit zu argumentieren?¹⁷

Schöne Beispiele für konsequente Arbeit mit unklaren Begriffen finden sich aber auch immer wieder in den Wissenschaften, speziell in der Psychologie. Der amerikanische Philosoph *Fred Feldman* hat einige sehr interessante Bücher zum Thema „Glück des Menschen“ geschrieben. In einem stellt er verwundert fest, dass es umfangreiche und stark beachtete Studien von Psychologen und Wirtschaftswissenschaftlern gibt, die jeweils folgende Thesen vertreten:

¹⁷ Ich – mit Freude und aus Überzeugung! Andreas Edmüller: Plädoyer für die Freiheit und gegen die Gleichheit, KDP, 2013.

- *In den USA und Westeuropa sind die Menschen während ihrer Kindheit ziemlich glücklich, werden dann bis zum Alter von etwa 40 Jahren immer unglücklicher und legen dann aber mit zunehmendem Alter wieder zu.*
- *In den USA und Westeuropa werden die Menschen mit zunehmendem Alter immer glücklicher.*
- *In den USA und Westeuropa sind die Menschen in der Lebensmitte am glücklichsten, am wenigsten glücklich in ihrer Kindheit und im Alter.*

Zum Teil basieren diese Aussagen sogar auf den gleichen Daten!¹⁸ Wie schon gesagt, *Feldman* ist Philosoph und die wollen es halt immer ganz genau wissen. Deshalb hat er diese Studien untersucht und eine gute Teil-Erklärung für das Schlamassel gefunden: In allen Studien wurde mit sehr unscharfen bzw. unklaren Begriffen gearbeitet. Begriffe und Konzepte wie „Zufriedenheit“, „Wohlergehen“, „glücklich“, „das Leben noch einmal so leben wollen“ etc. wurden ganz unreflektiert, ohne präzise Definition und austauschbar verwendet.¹⁹ Kein Wunder, dass da alles Mögliche herauskommt – brauchbare Einsichten jedenfalls nicht.

7. Wenn Emotionen mit uns Gassi gehen

Meine zur Einstimmung geschilderten Beispiele aus der Welt des Falschspiels zeigen sehr schön wie Habsucht, Gier und andere Leidenschaften von geschickten Manipulatoren angestachelt und dann gegen einen selbst gerichtet werden können. Oft ist es tatsächlich so, dass wir im Nachhinein sagen, wir hätten uns hinreißen lassen, waren nicht mehr Herr unserer selbst oder hätten die Kontrolle verloren. Seit Phi-

¹⁸ Fred Feldman: *What is This Thing Called Happiness?*, Oxford, 2012.

¹⁹ Es wurden auch noch andere Fehler gemacht.

losophen und Dichter über Menschen nachdenken ist die verheerende Wirkung der Leidenschaften bekannt. Man weiß auch wie schwer es ist, immer kühlen Kopf zu bewahren.²⁰ Manipulatoren wissen das zu nutzen.

Das Spiel mit der Angst

Wir wissen alle, wie dieses Spiel funktioniert. Es ist eine der Standardmethoden politischer Beeinflussung. Regierungen bauen Feindbilder auf, um der jeweils eigenen Bevölkerung Angst einzuflößen und dann – natürlich – Schutz anzubieten. Das kostet – aber weil man Angst hat, zahlt man gerne. Es müssen aber nicht unbedingt Regierungen sein, die mit der Angst spielen. Grundsätzlich ist ein halbwegs plausibles Krisenszenario eine gute Methode um Aufmerksamkeit zu gewinnen, sich Gehör (und finanzielle Mittel) zu verschaffen und mittels schwacher Argumente eine enorme Überzeugungskraft zu entwickeln.

Als Unternehmensberater erlebe ich immer wieder, wie stark Angst das Verhalten erwachsener Menschen beeinflussen kann. Die Angst vor Racheaktionen des Vorgesetzten verhindert offene Kritik; die Angst vor Fehlern führt zu aufwendigen Vertuschungsaktionen oder „Dienst nach Vorschrift“; die Angst ausgelacht zu werden steht kreativen Lösungsansätzen im Wege. Und wie viele Assistenten kennen Sie, die es an der Uni gewagt haben, „ihrem“ Professor offen zu widersprechen?

Wer Angst hat, denkt nicht (mehr) klar. Orson Welles hat mit seinem berühmten Hörspiel zur Landung der Marsmenschen eindrucksvoll bewiesen, wie leicht diese Ängste zu entflammen sind. Das Phänomen

²⁰ Martha C. Nussbaum: *The Therapy of Desire*, Princeton, New Jersey, 1994.

Angst ist Teil unserer Kultur, der Begriff der *German Angst* zeigt, dass das auch schon anderen aufgefallen ist. Zur Zeit beschäftigen uns u.a. die folgenden Themen: Angst vor Altersarmut, vor der Armut und dem Alter überhaupt, vor der Klimakatastrophe, vor einem Meteoriteneinschlag (lesen Sie mal die größte deutsche Boulevardzeitung beim Nahren eines Kometen), vor Anschlägen islamischer Terroristen in Deutschland, vor der Dominanz des FC Bayern, vor Überfremdung (was immer das jetzt heißen mag), vor dem internationalen Finanzkapital bzw. den „Heuschrecken“, vor der wirtschaftlichen Expansion Chinas, vor einem fallenden oder steigenden Euro, vor der Überalterung Deutschlands, vor dem universalen Waldsterben (Hoppla, das ist schon wieder vorbei – genau wie die Angst vor der nächsten Eiszeit, die übergangslos von der Erwärmungspanik abgelöst wurde und vor dem Jahrtausendwechsel). Auch das Spiel der Religion mit der Angst der Menschen, der Angst vor Hölle, Qualen und Bestrafung ist leider ein so konstanter wie wesentlicher Bestandteil der abendländischen Geschichte.

Wunschdenken und Hoffnung

Eine besonders perfide Manipulationsindustrie hatte sich nach dem 1. Weltkrieg etabliert: Der Spiritualismus. Medien und Geisterbeschwörer versprachen trauernden Angehörigen, Kontakt zu ihren Verstorbenen oder Gefallenen herzustellen. Der Wunsch nach einem Weiterleben im Jenseits, einem friedlichen „Sommerland“, einer Realität hinter der gar nicht so schönen realen Welt ist der Hebel, der Manipulation im großen Stil ermöglicht. Schauen Sie einfach mal ins Internet und machen Sie sich selbst ein Bild davon, was sich dort – natürlich gegen Geld – alles erlernen lässt. Innerhalb weniger Tage lernen Sie, mit Ihren Schutzengeln in Kontakt zu treten, loszulassen (was auch immer), ihr Zielobjekt in Liebe zu Ihnen entflammen zu lassen, die Botschaft der Tarotkarten zu entziffern, Ihre früheren Existenzen kennenzulernen, ungeahnte innere Kräfte zu erschließen und Ihr Leben

sofort und mühelos in ganz neue Bahnen zu lenken ... die Esoterik-Industrie blüht und gedeiht. Deren Basis: Wunschdenken. Die traditionellen Kirchen bzw. Religionen tun sich angesichts dieses sehr dynamischen Wettbewerbs ums Seelenheil erkennbar schwer. Nicht nur der Atheismus der Aufklärung sondern auch dieser zunehmende Hang zur Esoterik macht ihnen zu schaffen – ihr staatlich geschütztes Monopol der Sorge ums Seelenheil ist teilweise gefallen. Monopole sind übrigens ausgesprochen wirkungsvolle Manipulationsmechanismen.

Vor esoterischem Unfug sind auch ansonsten kluge Köpfe nicht gefeit. Sir Arthur Conan Doyle – leider lange nicht so scharfsinnig wie Sherlock Holmes – war glühender Vertreter und Propagandist (auch Opfer) des Spiritualismus und hat dabei viel Geld gelassen.²¹

8. Wir sind alle nur Menschen

Im Grunde basieren die meisten Manipulationstaktiken auf Eigenschaften bzw. Eigenheiten, die wir haben, weil wir halt Menschen sind. Um Mr. Spock zu manipulieren braucht es andere Methoden als begriffliche Unklarheit oder die Bestätigungsfalle.

Bequemlichkeit und Trägheit

Sunstein und *Thaler* zeigen in ihrem schon erwähnten Buch *Nudge* sehr eindrucksvoll, wie man menschliches Verhalten gezielt und zuverlässig beeinflussen kann, wenn man um menschliche Eigenschaften und Schwächen weiß. Sie untersuchen darin systematisch die Möglichkeiten und Methoden einer Architektur der Entscheidungsvorberei-

²¹ William Kalush und Larry Sloman: *The Secret Life of Houdini*, New York, 2006. Der Entfesselungskünstler und Illusionist Houdini hatte sich dem Kampf gegen den Spiritismus verschrieben; er und Conan Doyle waren trotzdem Freunde.

tung bzw. Verhaltensbeeinflussung. Das geht von „harmlosen“ Beispielen wie der Platzierung bestimmter Waren an bestimmten Orten im Supermarkt, oder der bekannten Fliege im Urinal (Leserinnen benötigen jetzt ein bisschen Phantasie) bis hin zu Möglichkeiten, die Zahl der gespendeten Organe zu erhöhen. Ein Beispiel:

Unter welchen Rahmenbedingungen wird die Zahl der Spenderorgane vermutlich höher sein?

- *Wer seine Organe spenden will, muss sich amtlich registrieren lassen; ansonsten ist kein Zugriff darauf erlaubt.*
- *Wer seine Organe spenden will, muss dies in irgendeiner Form schriftlich klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringen; ansonsten ist kein Zugriff darauf erlaubt.*
- *Grundsätzlich muss jeder Bürger einen Ausweis zur Organspende ausfüllen, in dem er erklärt, ob er seine Organe spenden möchte oder nicht.*
- *Grundsätzlich dürfen die Organe eines jeden Bürgers entnommen werden, es sei denn er erklärt schriftlich klar und unmissverständlich seinen Widerspruch.*
- *Wer seine Organe nicht spenden will, muss sich amtlich registrieren lassen; ansonsten dürfen seine Organe entnommen werden.*

Da verschiedene Länder verschiedene Gesetze dazu haben, können Sie Ihre Vermutung leicht überprüfen. Ja, es stimmt: Je mehr Aktivität den Bürgern abverlangt wird, damit sie ihre Organe behalten dürfen, desto mehr Bürger sind bereit, diese zu spenden. Dieses Trägheitsgesetz kann natürlich auch anderweitig berücksichtigt werden: Verträge, die sich automatisch verlängern, es sei denn man kündigt, werden sicher länger laufen als solche, die automatisch auslaufen, es sei denn man verlängert.

Besitzdenken

Zum Abschluss noch ein Experiment, das wir sehr oft im Rahmen unserer Seminare und Workshops für Manager durchführen konnten. Wir haben gleich zu Beginn des Tages 2 Gruppen gebildet, die verschiedene Entscheidungen zu treffen oder Aufgaben zu lösen hatten – unabhängig voneinander. Gruppe 1 haben wir zum Einstieg ein kleines Büchlein zum Thema „Manipulation“ geschenkt – mit Widmung der Autoren.²² Gruppe 2 wusste davon nichts und bekam auch nichts. Später am Tag haben wir den Teilnehmern mit Buch die Frage gestellt, zu welchem Preis sie das Buch wieder verkaufen würden. In Gruppe 2 haben wir das Buch gezeigt und gefragt, wie viel die Teilnehmer für dieses Büchlein mit Widmung der Autoren zu zahlen bereit wären. Das Ergebnis können Sie sich wahrscheinlich denken: Der Durchschnittspreis in Gruppe 1 liegt regelmäßig und durchaus signifikant über dem von Gruppe 2. In Bayern sagt man dazu: „Wos i hob, des hob i“.

Und dieser Mechanismus funktioniert natürlich auch im großen Maßstab. Ich wage dazu folgende Vermutungen:

- *Das Kirchensteueraufkommen wäre geringer, wenn der Staat nicht automatisch die Kirchensteuer einbehalten würde.*
- *Die Bürger wären dem Thema „Steuererhöhung, Sozialabgaben und Staatsverschuldung“ gegenüber sensibler, wenn sich der Staat die Steuern direkt von ihnen bzw. ihrem Konto holen müsste. Zurzeit bekommen die Arbeitnehmer diese Steuern und Abgaben gar nicht in die Hände. Sie werden ja vom Arbeitgeber einbehalten und an den Staat abgeführt. Sie gehören den Bürgern also „nur abstrakt“.*

²² Andreas Edmüller und Thomas Wilhelm: Manipulationstechniken, Haufe, 2010.

- *Der Staat, der ohne oder nur mit niedrigen Freibeträgen im Steuerrecht operiert, wird mehr Steuern einnehmen, als der mit relativ höheren – auch wenn die entsprechenden Ausgaben der Bürger und ihre Absatzmöglichkeiten genau gleich sind.*
- *Oft protestieren Bürger mit großem Einsatz gegen die Einstellung einer unrentablen da kaum genutzten Bahnlinie. Bleibt sie erhalten, fahren damit genau so wenig Leute wie zuvor und sie ist immer noch genauso unrentabel wie zuvor. Man wollte halt nicht auf etwas verzichten, was man schon hat.*

9. Das Fazit

Vollständig und umfassend ist dieser Überblick garantiert nicht – mit dem Thema „Manipulation“ lassen sich ganze Bände wenn nicht sogar Bibliotheken füllen. Gleiches gilt für Gegenmaßnahmen bzw. Vermeidungs- und Abwehrtaktiken. Trotzdem möchte ich zum Abschluss noch ein paar recht einfache Faustregeln anbieten, wie man sich gegen Manipulation schützen kann.

- *Nehmen Sie sich grundsätzlich viel Zeit und Ruhe zum Nachdenken. Wer sich beeilt, verlässt sich gerne auf seine Intuition – und die führt uns sehr oft in die Irre. (Genau darum ist der Aufbau von Zeitdruck eine gängige Manipulationstaktik.)*
- *Bemühen Sie sich um einen möglichst umfassenden bzw. repräsentativen Datenbestand – auch wenn das eigene Wunschenken damit ausgebremst werden sollte.*
- *Klären Sie zentrale Begriffe – damit Sie wissen, von was eigentlich die Rede ist. Das kann wehtun. Aber niemand hat gesagt, dass Nachdenken immer unsere Vorurteile bestätigen wird.*

- *Seien Sie Ihr eigener Teufelsanwalt – setzen Sie ganz bewusst die eigene Überzeugung systematischer Skepsis aus. In einigen wichtigen Lebensbereichen ist diese Rolle institutionell verankert – die Theorie der Judikative ist ein Beispiel dafür.*
- *Misstrauen Sie dem eigenen Urteil, wenn starke Emotionen oder Leidenschaften im Spiel sind. Auch wenn es gerade dann schwerfällt: Gehen Sie betont und besonders langsam vor.*

Wie könnte sich ein Gesetzgeber an diesen Faustregeln orientieren, um Bürger wirkungsvoller und moralisch angemessener als bisher vor Manipulation und Betrug zu schützen? Diese Frage ist im Prinzip leicht zu beantworten. Es geht im Grunde darum, Bedingungen für eine gültige Einwilligung zu formulieren, die es dem mündigen Bürger leichter als bisher machen, sich selbst zu schützen, z.B. indem er die eben erläuterten Faustregeln befolgt. Dabei wird der Fokus auf drei Aspekten liegen: Zeit zum Nachdenken bzw. für Beratung durch Vertrauenspersonen und Fachleute schaffen, Widerruf der (vorschnellen) Einwilligung ermöglichen, Bedingungen für Klarheit und Transparenz fordern. Eine konsequente Umsetzung dieser Anregungen wäre aus meiner Sicht ein guter Beitrag zur Verkleinerung der real existierenden normativen Grauzonen, auf die ich zu Beginn dieser Arbeit mittels konkreter Beispiele hingewiesen habe.

3. Psychologische Aspekte der Einwilligung

Wolfgang Stroebe

1. Einwilligung im Strafrecht: Offenbare und verdeckte Strategien der sozialen Beeinflussung

Nach dem Strafrecht kann eine Einwilligung als Rechtfertigungsgrund für eine ansonsten strafbare Handlung gelten. Voraussetzung ist allerdings, dass die Einwilligung frei von Willensmängeln ist. Eine Einwilligung ist unwirksam, wenn sie durch Drohung oder Täuschung erwirkt wurde oder auf einem Irrtum beruht. Wenn also eine Einwilligung aufgrund von Überredung zustande kommt, dann ist dies rechtlich unproblematisch. Weniger deutlich ist die Sachlage allerdings, wenn die Einwilligung aufgrund von Konformitätsdruck oder einer der verdeckten Strategien der sozialen Beeinflussung erwirkt wurde. Beim Konformitätsdruck willigt eine Person möglicherweise gegen ihren Willen ein, um eine Ablehnung durch die Gruppe zu vermeiden. Bei den verdeckten Einflussstrategien ist sich die Person sogar nicht bewusst, dass sie einer Beeinflussung erlegen ist. Nach den im Folgenden dargestellten Theorien der sozialen Beeinflussung ist die Feststellung von Willensmängeln nicht unproblematisch.

2. Offenbare Strategien der sozialen Beeinflussung

Die zwei bekanntesten offenbaren Strategien der sozialen Beeinflussung sind **Überreden** (d.h. verbale Kommunikation) und **Konformitätsdruck**. Bei diesen offenbaren Strategien ist einer Person deutlich, dass andere eine von ihr abweichende Meinung vertreten und das Ziel verfolgen, sie zu beeinflussen. Bei den verdeckten Strategien ist sich eine Zielperson der Beeinflussung nicht bewusst.

Beim **Überreden** versucht eine Person oder Institution mit mehr oder weniger komplexen Argumenten, die eine von der Zielperson abweichende Meinungsposition vertreten, die Zielperson in ihrer Meinung zu beeinflussen. Die Wirkung von Überredungsversuchen auf die Meinungen der Zielpersonen werden sozialpsychologisch mit sogenannten *Zwei-Prozesstheorien* erklärt. Diese Theorien gehen davon aus, dass die Qualität der vorgebrachten Argumente vor allem dann wichtig ist, wenn die Zielpersonen sowohl fähig als auch motiviert sind, sich mit diesen Argumenten kritisch auseinanderzusetzen. Wenn die Zielpersonen dazu nicht fähig sind [etwa weil ihnen die nötige Kenntnis fehlt (z.B. beim Kauf eines Computers) oder weil sie abgelenkt werden (z.B. laute Musik oder laute Gespräche)] oder wenn sie nicht motiviert sind [weil das Thema für sie nicht wichtig ist], dann spielt die Überzeugungskraft der Argumente nur eine untergeordnete Rolle: Die Zielperson bildet sich ihre Meinung aufgrund von „heuristischen Hinweisen“. Heuristische Hinweise beziehen sich auf „rules of thumb“ wie etwa, dass man Experten oder Freunden glauben kann oder dass man Verkäufern oder Politikern keinen Glauben schenken sollte. Ausführlicher werden diese Theorien in Kapitel 7 der Einführung in die Sozialpsychologie besprochen (Jonas, Stroebe & Hewstone, Springer, 2014). Die meist untersuchten heuristischen Hinweise sind Eigenschaften des Kommunikators (z.B. Glaubwürdigkeit, Expertise, Attraktivität).

Ablenkung muss nicht nur auf Umgebungsreizen beruhen sondern kann auch intern durch Angst oder Nervosität verursacht werden. Dies bedeutet, dass die Zielperson einer Kommunikation nicht gut in der Lage ist, sich mit den vorgebrachten Argumenten kritisch auseinanderzusetzen. Damit wird der Status des Kommunikators der dominante Einflussfaktor. Wenn zum Beispiel Patienten beim Arzt über eine Diagnose informiert werden, sind sie möglicherweise so mit sich selbst beschäftigt (z.B. Angst, Nachdenken über die Folgen), dass sie die Informationen über Behandlungsmöglichkeiten nicht aufnehmen

und beurteilen können und einfach dem Ratschlag des Arztes als Vertrauensperson folgen. Während man noch davon ausgehen kann, dass Ärzte (in der Regel) das Interesse ihrer Patienten im Auge haben, ist dies bei Polizeiverhören weniger gewährleistet. Für einen an Polizeiverhören nicht gewöhnten Normalbürger ist es, bei möglicherweise strafbaren Handlungen, durchaus anzuraten, sich von einem Rechtsbeistand begleiten zu lassen. Und auf Tür- (oder Telefon-)Verkäufe sollte man sich besser nicht erst einlassen.

Konformitätsdruck entsteht dann, wenn Gruppenmitglieder mehrheitlich eine Position vertreten, die von der eigenen Überzeugung abweicht. Der Konformitätsdruck ist am stärksten, wenn die Gruppe diese abweichende Meinung einheitlich vertritt. Es wurde in einer Vielzahl von Untersuchungen gezeigt, dass Abweichler in einer Gruppe diesen Druck verspüren und häufig ihre Meinung an die Mehrheitsmeinung angleichen. Diese Konformitätseffekte wurden bereits 1956 von dem amerikanischen Sozialpsychologen Asch mit Versuchspersonen demonstriert, die glaubten an einem Wahrnehmungsversuch teilzunehmen. Die Aufgabe bestand darin, in mehreren Durchläufen zu beurteilen, welche von drei dargebotenen Linien gleichlang war wie eine Standardlinie. Die Versuchspersonen saßen in einer Reihe und antworteten nacheinander. Tatsächlich war aber nur einer der Teilnehmer eine echte Versuchsperson; alle anderen waren Mitarbeiter des Versuchsleiters, die angewiesen waren, bei einigen Durchläufen einstimmig ein deutlich falsches Urteil abzugeben. Die echte Versuchsperson war als vorletzte Person an der Reihe, ihr Urteil abzugeben. Obwohl offensichtlich war, dass eine andere als die von den Gruppenmitgliedern genannte Linie die korrekte Wahl gewesen wäre, stimmten viele der echten Versuchspersonen mit dem falschen Gruppenurteil überein. Dieser Effekt wird noch stärker, wenn statt physischen Reizen soziale Stimuli (z.B. Meinungsäußerungen) verwendet werden. Theoretisch wird dieser Effekt auf sowohl informativen als auch normativen sozialen Einfluss zurückgeführt. Manche der echten

Versuchspersonen schließen sich dem Mehrheitsurteil an, da sie glauben, dass sich die Mehrheit ja nicht irren kann und sie selbst möglicherweise falsch liegen (informativer sozialer Einfluss). Andere vermuten zwar, dass sich die Gruppe irrt, wollen aber nicht als Abweichler von der Gruppenmehrheit gehasst werden (normativer sozialer Einfluss). Dies ist sicherlich einer der Gründe dafür, bei wichtigen Gruppenentscheidungen geheime Abstimmung zu verlangen.

3. Verdeckte Strategien der sozialen Beeinflussung

Viele der hier beschriebenen verdeckten Strategien machen sich die Tatsache zunutze, dass wir bei Entscheidungen die Gedächtnisinhalte heranziehen, die sowohl für die Entscheidung relevant als auch kognitiv schnell verfügbar sind. Die kognitive Verfügbarkeit hängt wesentlich vom Zeitabstand der letzten Aktivierung ab. Ein Gedächtnisinhalt, der erst kürzlich aktiviert wurde, ist viel leichter verfügbar als ein Inhalt der längere Zeit nicht aktiviert worden ist.

Unterschwellige Werbung. Nachdem der Werbefachmann James Vicary im Jahre 1957 bei einer Pressekonferenz verkündete, dass er den Verkauf von Coca-Cola und Popcorn durch im Film eingeblendete unterschwellige Werbebotschaften erhöht habe, war die Empörung groß (Fennis & Stroebe, 2016; Stroebe, 2011a). Presse und Öffentlichkeit reagierten empört: Hatten Werbetreibende etwa die Macht, uns alle in willenslose Marionetten zu verwandeln? Obwohl das Senden unterschwelliger Botschaften in mehreren Ländern verboten wurde (z.B. Großbritannien, Australien), hielt das staatliche Behörden und Parteien nicht davon ab, die vermeintliche Wundermethode einzusetzen. Zum Beispiel versuchte die Polizei von Wichita, einer Kleinstadt im US-Bundesstaat Kansas, 1978 einen Serienmörder mittels versteckten Botschaften zur Selbstanzeige zu bewegen: In ihrem Auftrag sendete die örtliche Fernsehstation zusammen mit einer Aufnahme vom

Tatort mehrmals die unterschwellige Nachricht »Rufe den Polizeichef an«. Doch der Serienmörder wurde erst sieben Jahre später – mit Hilfe klassischer Ermittlungsmethoden – gefasst. Erfolgversprechender war möglicherweise der Einsatz unterschwelliger Botschaften bei der US-Präsidentenwahl im Jahr 2000. In einem Wahlwerbespot der Republikaner wurde das Wort »rats« (Ratten) unterschwellig an einer Stelle eingeblendet, in der es um die Politik des demokratischen Kandidaten Al Gore ging. Zwar war die Silbe »rats« auch ein Teil der bewusst sichtbaren Zeile »bureaucrats decide« (Bürokraten entscheiden), die wenig schmeichelhafte Endsilbe erschien aber schon 30 Millisekunden vor den restlichen Buchstaben auf dem Bildschirm.

Die Darbietung visueller Reize wird dann als unterschwellig bezeichnet, wenn die Darbietungszeit so kurz ist (in der Regel unter 20 Millisekunden), dass die meisten Personen höchstens einen kurzen Lichtblitz wahrnehmen. Während der Kinoversuch von Vicary nie stattgefunden hat, konnten meine Kollegen und ich in Untersuchungen zeigen, dass die mehrmalige unterschwellige Darbietung der Getränkemarken „Lipton Ice“ Versuchspersonen veranlasste, bei einer nachfolgenden Wahl zwischen Lipton Ice und einem anderen Getränk, Lipton Ice deutlich häufiger zu wählen als dies bei Versuchspersonen der Fall war, die unterschwelligen sinnfreien Buchstabenkombinationen ausgesetzt wurden (Karremans, Stroebe & Claus, 2006).

Unterschwellige Werbung kann also die Produktwahl beeinflussen. Die unterschwellig dargebotene Botschaft, die aus nicht mehr als zwei bis drei kurzen Worten bestehen darf, erhöht die kognitive Verfügbarkeit des Produktnamens im Gedächtnis unserer Versuchspersonen (in unserer Studie: Lipton Ice). Wenn man also nach einem Getränk gefragt wird, kommt einem die Marke „Lipton Ice“ nach unterschwelliger Darbietung des Getränkenamens eher in den Sinn als ohne diese Darbietung. Wissenschaftlich wird dieser Effekt als „Priming“ bezeichnet. Die Darbietung eines Reizes (des Primes) beeinflusst die

Reaktion auf einen später dargebotenen Reiz. In unserem Falle wird bei der Wahl zwischen zwei Getränken durch die unterschwellige Darbietung von „Lipton Ice“ die Wahrscheinlichkeit der Wahl dieses Getränkes erhöht. Wenn eine Person kurz nach der unterschwelligen Darbietung gefragt wird, eine Produktwahl zu treffen, wird sie mit größerer Wahrscheinlichkeit das Produkt wählen, dessen Logo oder Namen unterschwellig dargeboten wurde.

Man ist aber keineswegs dem Einfluss der unterschwelligen Werbung willenlos ausgeliefert. Wie unsere Erklärung bereits vermuten lässt, ist die Wirkung unterschwelliger Werbung (oder Einflussmöglichkeiten) sehr begrenzt. Wenn Versuchspersonen den Geschmack von Lipton Ice ablehnen, wird unterschwellige Darbietung von Lipton Ice ihre Getränkewahl nicht beeinflussen. Wir hatten deshalb in Vorversuchen sichergestellt, dass Lipton Ice als attraktives und durstlöschendes Getränk geschätzt wurde. Weiterhin beeinflusste unsere unterschwellige Werbung die Getränkewahl nur dann, wenn unsere Versuchspersonen auch durstig waren und damit das Bedürfnis hatten, etwas zu trinken. Und schließlich ist der Effekt vermutlich recht kurzfristig. In unseren Untersuchungen fand die Wahl wenige Minuten nach Beendigung der unterschwelligen Darbietung statt. Es ist nicht anzunehmen, dass die unterschwellige Werbung für Lipton Ice auch noch Tage danach die Getränkewahl beeinflussen würde. In Erkennung dieser Einschränkungen empfahl Richard Gafford dann der CIA in einem ursprünglich geheimen Bericht über die Anwendbarkeit von subliminal cues: *“It must be concluded that there are so many elusive variables and so many sources of irregularity in the device of directing subliminal messages to a target individual that its operational feasibility is exceedingly limited.”* https://www.cia.gov/library/center-for-the-study-of-intelligence/kent-csi/vol2no2/html/v02i2a07p_0001.htm.

Andere Formen der Beeinflussung durch Priming. Das Aktivieren von Gedächtnisinhalten durch Priming beeinflusst aber nicht nur die

Reaktion auf den spezifischen Reiz der dargeboten wurde, sondern auch die Reaktionen auf Reize, die mit dem dargebotenen Reiz im Gedächtnis *assoziiert* werden. Wenn man also mit dem Wort „Doktor“ geprimt würde, würde dies auch die Reaktionen auf mit „Doktor“ assoziierte Worte (z.B. Krankenschwester, Krankenhaus, Pille) erhöhen. Weiterhin besteht grundsätzlich kein Unterschied zwischen der Wirkung von unterschwelligem und überschwelligem Priming.

Wir sind täglich einer Vielzahl von überschwelligem Primes ausgesetzt, die unsere Handlungen beeinflussen, ohne dass wir uns dieses Einflusses bewusst werden. Wir erkennen zwar den Reiz, sind uns aber der Wirkung des Reizes auf unser Verhalten nicht bewusst. Wenn uns beispielsweise Warenhäuser schon im Oktober mit Weihnachtsliedern berieseln, geschieht dies in der nicht unberechtigten Hoffnung, dass uns dies in eine vorweihnachtliche Stimmung versetzt und an die Notwendigkeit des Einkaufs von Geschenken erinnert.

Dass Musikberieselung beim Einkauf unser Kaufverhalten beeinflussen kann, zeigten North, Hargreaves & McKendrick (1999), in einer Untersuchung des Einflusses von in einem Supermarkt gespielter Musik auf den Kauf von Wein. Der Supermarkt bot ein Sonderangebot von deutschen und französischen Weinen an, die in einem besonderen Regal standen. Die Forscher veranlassten, dass an abwechselnden Tagen entweder nur französische Musik (z.B. Chansons) oder nur deutsche Musik gespielt wurde. An Tagen an denen französische Musik gespielt wurde, wurden viermal so viele französische als deutsche Weine gekauft. Das Spielen deutscher Musik verdoppelte den Verkauf von deutschen im Vergleich zu französischen Weinen. Es ist anzunehmen, dass die Musik angenehme Erinnerungen an die jeweiligen Länder (sowie die Weine dieser Länder) stimulierte. Für Menschen, die keine angenehmen Erinnerungen mit den jeweiligen Ländern oder Weinen verbinden, wird die Musik dieser Länder vermutlich keine Wirkung auf das Kaufverhalten haben.

Die **Reihenfolge**, in der Fragen gestellt werden (z.B. bei Umfragen), kann vergleichbare Primingeffekte aufrufen. Zur Beantwortung einer Frage werden Gedächtnisinhalte aktiviert, die die Antwort auf die nachfolgende Frage beeinflussen können. Dies geschieht allerdings nur, wenn diese Gedächtnisinhalte für die nachfolgende Frage relevant sind. So könnte die Antwort auf die Frage, was man von den Datensammelaktivitäten der NSA hält, anders ausfallen, wenn man erst einige Fragen über Terrorismus zu beantworten hatte als wenn man Gesetze zum Schutz der Privatsphäre diskutierte.

Derartige Reihenfolgeeffekte wurden von Schwarz, Strack & Mai (1991) gezeigt, die amerikanische Studenten über die Häufigkeit ihres „Dating“, sowie über die allgemeine Zufriedenheit mit ihrem Leben befragten. Wenn die Frage nach der Lebenszufriedenheit erst gestellt wurde, fand sich kein Zusammenhang mit der Häufigkeit des Dating. Wenn die Fragen in umgekehrter Reihenfolge gestellt wurden, fand sich ein sehr hoher Zusammenhang. Wenn jemand über die Zufriedenheit mit dem eigenen Leben befragt wird, denkt er oder sie vermutlich an alle Lebensbereiche, die in dieser Situation in den Sinn kommen. Offensichtlich führte die Frage nach dem Dating dazu, dass dieser Lebensbereich viel stärker bei der Bewertung der Lebenszufriedenheit berücksichtigt wurde.

Vergleichbare Ergebnisse wurden mit einer Erwachsenenstichprobe für die Reihenfolge von den Fragen nach der Lebenszufriedenheit und der ehelichen Zufriedenheit gefunden. Wenn die Frage nach der ehelichen Zufriedenheit vor der Frage nach der allgemeinen Lebenszufriedenheit gestellt wurde, war der Zusammenhang zwischen den Antworten auf die beiden Frage deutlich höher als bei der umgekehrten Reihenfolge. Weiterhin zeigte sich, dass die Menschen mit unglücklichen Ehen viel niedrigere Lebenszufriedenheit angaben, wenn eheliche Zufriedenheit vor der der allgemeinen Lebenszufriedenheit erfragt wurde als wenn die Frage danach gestellt wurde.

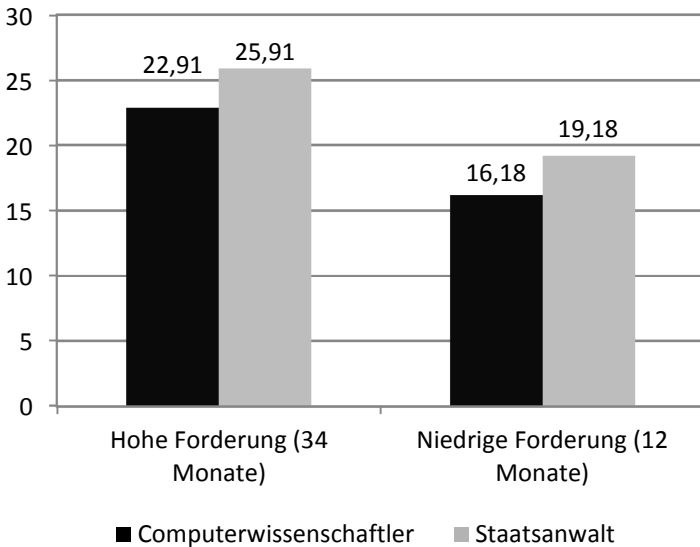
Die **Ankerheuristik**. Man kann Menschen bei Größenschätzungen und anderen quantitativen Urteilen auch dadurch beeinflussen, dass man ihnen Zielgrößen vorgibt. Wenn man beispielsweise jemanden fragt, ob der Eiffelturm höher ist als 500 m, wird der Turm höher geschätzt, als wenn man fragt, ob er höher ist 200 m. Dieser Effekt wird als Ankerheuristik bezeichnet und wurde erstmals in einem klassischen Artikel von Tversky & Kahneman (1983) über „Judgement under uncertainty: Heuristics and biases“ beschrieben. Die Ankerheuristik bezieht sich darauf, dass Schätzungen von Größen in Richtung auf einen vorgegebenen Anfangswert verzerrt werden. Dieser Effekt tritt selbst dann auf, wenn dem Anfangswert keinerlei Gültigkeit zugerechnet werden kann. Tversky & Kahneman illustrieren den Effekt mit einer Untersuchung, in der Versuchspersonen gefragt wurden den Prozentsatz der afrikanischen Nationen an der Gesamtzahl der in den Vereinigten Nationen vertretenen Nationen zu schätzen. Als Ausgangspunkt gaben sie ihnen eine Schätzung zwischen 0 und 100, die vor den Augen der Versuchspersonen durch einen Zufallsprozess erzeugt worden war (ein Roulette Rad). Trotzdem hatten diese Anfangswerte einen Einfluss auf die endgültigen Schätzungen. Beispielsweise war die mittlere Schätzung des Prozentsatzes afrikanischer Nationen in der UN 25 für Gruppen mit einem Anfangswert von 10 bis 45; für Gruppen mit einem höheren Anfangswert betrug die mittlere Schätzung 65.

Der Ankereffekt ist einer der stabilsten Effekte der Entscheidungstheorie und wurde in einer Vielzahl von Untersuchungen repliziert. Der Effekt ist im Kontext der Rechtsprechung relevant, da in Gerichtsverfahren sowohl vom Staatsanwalt als auch von der Verteidigung Strafankträge gestellt werden, die einen Anfangswert für das Strafmaß vorgeben. Aufgrund des Ankereffektes ist zu erwarten, dass diese Anträge, unabhängig von der sie begleitenden Argumentation, die von Richtern festgestellte Strafhöhe beeinflussen könnten. Diese Frage wurde von Englich und ihren Kollegen in mehreren Untersuchungen über-

prüft (e.g., English & Mussweiler, 2001; English, Mussweiler & Strack, 2005, 2006). In den meisten Untersuchungen wurde der Fall einer Vergewaltigung verwendet, die man auf Englisch vermutlich als „Date Rape“ bezeichnen würde.

Die Versuchspersonen in diesen Studien waren sowohl erfahrene Richter oder Staatsanwälte als auch junge Juristen zu Beginn ihrer Karriere. Die Berufserfahrung scheint keinen Einfluss auf die Stärke der Effekte auszuüben. In einer der Studien erhielten diese Fallmaterial über einen Fall von Vergewaltigung. Das Fallmaterial, das in Zusammenarbeit mit mehreren erfahrenen Juristen erstellt worden war, war vier Seiten lang. Es enthielt ein medizinisches und ein psychologisches Gutachten sowie Aussagen des Opfers, des Angeklagten und zwei Zeugenaussagen. Die Richter erhielten weiterhin Informationen über den Strafantrag des Staatsanwaltes. In einem Vorversuch war festgestellt worden, dass Juristen für die beschriebene Tat eine Haftstrafe von 17 Monate für berechtigt hielten. Im Experiment forderte der Staatsanwalt in der Hälfte der Fälle eine Gefängnisstrafe von 12 Monaten, in der anderen Hälfte 32 Monate. Erwartungsgemäß übten die Strafanträge einen Einfluss auf das richterliche Urteil aus (English & Mussweiler, 2001).

Mittleres Urteil abhängig von Strafantrag und Relevanz (Englich & Mussweiler, 2001)

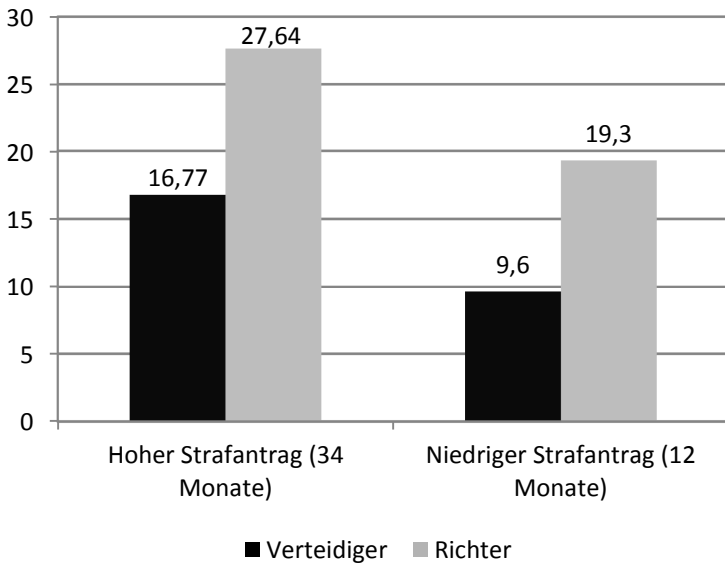


Da es im Rahmen eines Gerichtsverfahren normal ist, dass sich ein Richter vom Expertenurteil eines Staatsanwaltes beeinflussen lässt, wiederholten die Autoren die Untersuchung mit einem irrelevanten Anker: Sie schrieben den Strafantrag nur in der Hälfte der Fälle einem Staatsanwalt zu, in der anderen Hälfte der Fälle einem Computerstudenten. Erneut beeinflusste der Antrag die Höhe des Urteils, gleichgültig ob er einem Staatsanwalt oder einem Computerstudenten zugeschrieben wurde. In einer weiteren Untersuchung von Englich, Mussweiler & Strack (2006) wurde gezeigt, dass sogar ein Strafantrag, der von den als Richter agierenden Juristen selbst durch mehrmaliges Würfeln festgestellt wurde, die Höhe des Urteils beeinflusste.

In einem Rechtssystem stellt nicht nur der Staatsanwalt sondern auch der Verteidiger einen Strafantrag. Es ist deshalb eine wichtige Frage,

wie sich diese Anträge auf das richterliche Urteil auswirken. Wenn es dem Verteidiger gelingen würde, etwa durch deutliches Gegensteuern, die Strafforderung des Staatsanwaltes zu neutralisieren, würde der Ankereffekt eliminiert werden. Diese Frage wurde von English, Mussweiler & Strack (2005) in mehreren Studien untersucht. In einer ersten Studie zeigten sie, dass sich der Strafantrag des Staatsanwaltes signifikant auf den Antrag des Verteidigers auswirkte. In diesem Fall bestand der hohe Strafantrag aus 34, der niedrige aus 12 Monaten Gefängnis. Der Antrag hatte einen statistisch signifikanten Effekt auf den Strafantrag des Verteidigers (Abb. 2).

Einfluss Strafantrag auf Verteidiger und Richter
(English, Mussweiler & Strack , 2005)



Gegen diese Befunde könnte man einwenden, dass ein Verteidiger in einem echten Gerichtsfall seinen Antrag vor der Verhandlung überlegt

und damit weniger beeinflusst werden sollte. Die Autoren wenden dagegen ein, dass ein Verteidiger den Strafantrag des Staatsanwaltes meist schon vor der Verhandlung erfährt. Weiterhin hatten die Verteidiger in der Untersuchung ausreichend Gelegenheit, ihren Strafantrag zu entscheiden, bevor sie den Antrag des Staatsanwaltes erfuhren.

In einer weiteren Untersuchung präsentierten English und Kollegen (2005) die Information über den hohen (bzw. niedrigen) Strafantrag des Staatsanwaltes, sowie den tatsächlichen Antrag des Verteidigers (aus den Ergebnissen der ersten Studie) an erfahrene Juristen, die die Rolle von Richtern übernehmen mussten. Die Ergebnisse zeigten, dass sich die Manipulation des Strafantrages des Staatsanwaltes, wie schon in den früheren Untersuchungen, signifikant auf das richterliche Urteil auswirkte (Abb. 2). Die Autoren fanden weiterhin, dass dieser Effekt zum Teil auf den (beeinflussten) Strafantrag des Verteidigers zurückzuführen war. Mit anderen Worten, hätte der Verteidiger gegengesteuert statt sich dem hohen Strafantrag anzupassen, wäre das Urteil möglicherweise milder ausgefallen.

Wie kann man diese Befunde erklären? Die Autoren erklären sie mit der Annahme von selektiver Aktivierung von Informationen. Nach einem Strafantrag des Staatsanwaltes oder des Verteidigers wird sich der Richter überlegen, welche Aspekte des Falles für eine derartige Strafe sprechen könnten. Er wird dann Informationen aktivieren, die diesen Antrag unterstützen könnten. Wenn diese Information einmal aktiviert ist, können sie sich auch auf die spätere Urteilsfindung auswirken. Diese Erklärung legt aber auch eine Methode nahe, mit der man die Effekte eines Ankerwertes abschwächen kann, nämlich durch systematische Berücksichtigung von ankerinkonsistenten Informationen. Und tatsächlich konnten Mussweiler, Strack & Pfeffer (2000) zeigen, dass Versuchspersonen, die aufgefordert worden waren, sich zu überlegen, warum der Ankerwert zu hoch (oder zu niedrig) waren, deutlich geringere Ankereffekte zeigten.

“**Framing**“ ist eine andere Heuristik, durch die Entscheidungen durch die Art und Weise, wie die Informationen dargestellt werden, beeinflusst werden (Tversky & Kahneman, 1981). Das klassische Beispiel für Framing ist das Beispiel der „Asiatischen Krankheit“ die möglicherweise 600 Menschen das Leben kosten könnte. Es müssen zwei Programme beurteilt werden, mit denen die Krankheit bestritten werden kann.

Positiver Rahmen (Leben gerettet)

Wenn man Programm A akzeptiert, werden 200 Menschen gerettet.

Bei Programm B besteht eine ein-Drittel Wahrscheinlichkeit, dass 600 Menschen gerettet werden und eine zwei-Drittel Wahrscheinlichkeit, dass niemand gerettet wird.

Welches der zwei Programme würden Sie wählen?

Negativer Rahmen (Lebensverlust Rahmen)

Wenn Programm C gewählt wird, werden 400 Menschen sterben.

Bei Programm D besteht ein-Drittel Wahrscheinlichkeit, dass niemand sterben wird und eine zwei-Drittel Wahrscheinlichkeit, dass 600 Menschen umkommen werden.

Welches der zwei Programme würden Sie wählen?

Ganz offensichtlich sind A und C gleiche risikovermeidende und B und D identische risikosuchende Programme. Dennoch wählen Versuchspersonen bei einer positiven Rahmung häufiger die risikovermeidende Alternative A, bei einer negativen Rahmung hingegen die risikosuchende Alternative D.

Ein anderer Rahmungseffekt, der bei Gesundheitsinformationen häufig benutzt wird, ist der Hinweis auf das relative Risiko eines Gesundheitsverhaltens. Das relative Risiko bezieht sich auf das Verhältnis des Risikos einer Person, die einem bestimmten Risikofaktor ausgesetzt ist (z.B. Rauchen) zum Risiko einer Person, die diesem Faktor nicht ausgesetzt ist. Was Leser gewöhnlich nicht berücksichtigen ist, dass die Größe relativer Risiken ohne Kenntnis des absoluten Risikos schwer zu interpretieren ist. Nehmen wir an, von einer Gruppe von 1000 Menschen, die einem Risikofaktor ausgesetzt sind, sterben zehn binnen fünf Jahren, aber nur fünf von einer gleich großen Gruppe, die dem Faktor nicht ausgesetzt war. Dies ist eine Sterblichkeit von 1% mit und von 0,5% ohne Risiko. Der Unterschied im absoluten Risiko ist 0,5%, also für die meisten Menschen kein ausreichender Grund, dieses Risiko zu scheuen. Wenn man allerdings nur das relative Risiko betrachtet und erfährt, dass der Risikofaktor die Sterblichkeit verdoppelt, sieht die Sache anders aus. Darum benützen wir Gesundheitswissenschaftler, die Menschen gerne zum gesunden Leben führen, in der Regel Informationen über relatives Risiko (Stroebe, 2011 b). Selbst beim Rauchen ist das relative Risiko überzeugender als das absolute Risiko. Für einen 35jährigen Nichtraucher ist die Wahrscheinlichkeit vor dem 65. Lebensjahr an einer Herzerkrankung zu sterben 4,2% (Mattson, Pollack & Cullen, 1987). Für einen schweren Raucher ist die Wahrscheinlichkeit 6,8%. Der Unterschied in den absoluten Wahrscheinlichkeiten ist also 2,6%. Das relative Risiko ist hingegen eine 60% Erhöhung des Sterblichkeitsrisikos. Bei Lungenkrebs sind die entsprechenden Zahlen 0,2% und 6,3%. Also ein absoluter Unterschied von 6.1%. Das relative Risiko ist hingegen um ein dreissigfaches erhöht.

Obwohl beim Rauchen auch die Unterschiede im absoluten Risiko gravierend sind, ist die Information über das relative Risiko sicherlich überzeugender. Und wenn man diese Gefahr noch eindrücklicher darstellen will, kann man auf die gesellschaftlichen Folgen hinweisen. In den USA sterben jährlich annähernd 400.000 Menschen aufgrund von

Rauchen allein (Fielding, 1985). Dies sind mehr als die gesamten amerikanischen Verluste im ersten Weltkrieg, dem Korea- und dem Vietnamkrieg zusammen. Vergleichbare Zahlen an Todesopfern würden entstehen, wenn eine Luftfahrtgesellschaft das gesamte Jahr Tag für Tag drei Jumbojets abstürzen ließ. Ich will hier keineswegs davon ablenken, dass Rauchen extrem ungesund ist, sondern nur darauf hinweisen, dass diese Tatsache mehr oder weniger eindrücklich dargestellt werden kann.

4. Die nachträgliche Veränderung von Gedächtnisinhalten

Während es beim Überreden darum geht, Meinungen und Überzeugungen zu verändern, möchte ich abschließend auf Verfahren eingehen, die Gedächtnisinhalte verändern können. Diese Forschung, die für die Bewertung von Zeugenaussagen bei Gerichtsverhandlungen relevant ist, wurde 1974 von der Gedächtnispsychologin Elizabeth Loftus mit einer Untersuchung des Einflusses der Art der Fragestellung auf die Erinnerung komplexer Ereignisse begonnen. (Diese Effekte wurden als „Fehlinformationseffekte“ bekannt.) In dieser Art Untersuchung wird den Versuchspersonen ein kurzer Film eines komplexen Ereignisses gezeigt (z.B. Verkehrsunfall). Anschließend wird einem Teil der Teilnehmer dann irreführende Informationen über das Ereignis gegeben. Wenn sie später über das Ereignis gefragt werden, stellt sich häufig heraus, dass die irreführende Information ihre Erinnerungen beeinflusst hat.

In einer ersten Untersuchung wurde den Versuchspersonen der Film eines Verkehrsunfalls gezeigt (Loftus & Palmer, 1974). Anschließend mussten die Versuchspersonen Fragen über den Unfall beantworten, insbesondere über die Geschwindigkeit der Fahrzeuge. Die geschätzte Geschwindigkeit war stark von der Formulierung der Frage abhängig. Wenn die Geschwindigkeit erfragt wurde, zum Zeitpunkt als die Fahr-

zeuge „ineinander fahren“ (contacted each other), wurde sie gemittelt auf 31.8 Meilen geschätzt. Wenn bei derselben Frage von „in einander krachten“ (smashed into each other) gesprochen wurde, wurde die Geschwindigkeit auf 40.8 Meilen geschätzt. Noch beunruhigender war allerdings, dass diese Art von Fragen auch die Erinnerung an ein Ereignis beeinflusste. So bejahten Versuchspersonen, die mit der zweiten Frage befragt worden waren, eine Woche später die Frage, ob man zerbrochenes Glas gesehen hätte viel häufiger, obwohl im Film kein zerbrochenes Glas zu sehen war.

Während die Fehlinformation in der ersten Untersuchung durch die Wortwahl impliziert war, wurde sie in späteren Untersuchungen durch in Fragen enthaltene Fehlinformationen direkt manipuliert. In einer dieser Studien wurden Versuchspersonen nach Darbietung eines Films über einen Autounfall entweder gefragt, (1) wie schnell das Auto war als es auf der Landstraße *an dem Schuppen vorbei fuhr* oder nur (2) wie schnell das Auto auf der Landstraße fuhr (Loftus, 1975). (Die Erwähnung des Schuppens war eine Fehlinformation, da im Film kein Schuppen zu sehen war.) Als diese Versuchspersonen eine Woche später gefragt wurden, ob sie in dem Film einen Schuppen gesehen hätten, bejahten 17% der Versuchspersonen dies in der Bedingung (1) im Vergleich zu 3% in der Bedingung (2). Scheinbar wurde die in der falschen Frage enthaltene Information später in die Erinnerung an das Ereignis integriert. Mit anderen Worten, durch die leitende Frage wurde die Erinnerung an das Ereignis verändert.

Während bei den Untersuchungen zum Fehlinformationseffekt bestehende Erinnerungen durch falsche Informationen beeinflusst wurden, wurden in der späteren Forschung zum sogenannten „falschen Erinnerungseffekt“ (false memory effect) völlig neue falsche Erinnerungen in das Gedächtnis der Versuchspersonen eingeführt. [Anleitung für diese Forschung war die Kontroverse über „unterdrückte Erinnerungen“, nach der Kinder häufig traumatische Erinnerungen an sexuelle Beläs-

tigung unterdrücken sollen, die dann mit psychotherapeutischen Methoden ins Gedächtnis zurückgerufen werden.]

Eine Methode zur Erzeugung von „false memory effects“ besteht darin, von Familienmitgliedern der Versuchsperson eine Reihe von tatsächlichen Kindheitsereignissen zu erfragen (siehe Hyman & Loftus, 1998). Den Versuchspersonen wird dann mitgeteilt, dass ihre Erinnerung an tatsächliche Kindheitsereignisse, die man von den Eltern mitgeteilt bekommen habe, überprüft würde. Sie würden mehrmals befragt werden und ihre Erinnerungen an diese Ereignisse würden im Laufe der Zeit deutlicher werden. Die Versuchspersonen wurden dann über Details von einer Reihe tatsächlicher und einem fiktiven Kindheitsereignis befragt. Für jedes der Ereignisse wurde ihnen eine kurze Beschreibung der relevanten Informationen gegeben (z.B. Alter, Ort, Ereignis, beteiligte Personen). Bei der ersten Befragung konnte sich beinahe niemand an das fiktive Ereignis erinnern (z.B. einmal in einem Kaufhaus von den Eltern getrennt worden sein). Im Laufe der Zeit konnten sich aber ein Viertel der Versuchspersonen immer deutlicher an das fiktive Ereignis erinnern. Sie begannen sich an Details zu erinnern, die weit über die ursprünglich gegebenen Informationen hinausgingen. Dieser Effekt tritt allerdings nur auf, wenn das Ereignis eine gewisse Plausibilität besitzt, wenn sich die Person also vorstellen kann, dass sie dieses Ereignis tatsächlich erlebt hat.

Psychologische Folgen der Einwilligung. Einige der faszinierenden psychologischen Forschungsprogramme haben sich mit den Folgen von Einwilligung auf Meinungen und Verhalten der einwilligenden Person befasst. So belegt eine Vielzahl von empirischen Studien, dass die Einwilligung eine Meinung zu vertreten, die den eigenen Überzeugungen widerspricht (d.h. zu lügen), unter bestimmten Bedingungen die eigene Meinung verändern kann. Paradoxaerweise geschieht dies besonders dann, wenn die Person nur eine geringe Belohnung für ihre Lüge erhielt und wenn die Akzeptanz der Lüge negative Konsequenzen

zen für die Zielpersonen hatte (Festinger & Carlsmith, 1959). Theoretisch wird das Ergebnis damit erklärt, dass die negativen Folgen der Lüge Schuldgefühle (Dissonanz) beim Lügner erzeugen, die er/sie bei Erhalt einer hohen Bestechung dadurch mildern kann, dass der neue Porsche oder das Ferienhaus so eine kleine Lüge schon rechtfertige. Wenn er/sie für die Lüge aber nur eine minimale Belohnung erhielt (z. B., Finanzierung einer kleinen Ferienreise), dann fällt diese Selbstrechtfertigung weg. Eine Manier um die Dissonanz zu reduzieren und sich vor sich selbst zu rechtfertigen, besteht dann darin, dass man sich überzeugt, dass man eigentlich gar nicht gelogen habe sondern von der Richtigkeit der eigenen Aussage überzeugt gewesen sei.

Eine weitere Folge von Einwilligung wurde im Rahmen der Forschung zur „Foot-in-the-door“ Technik (Fuß-in-der-Tür Technik) untersucht. Bei diesen Untersuchungen wurde gezeigt, dass Personen, die erst eingewilligt haben, einem einen kleinen Gefallen zu tun, später auch zu einem viel größeren Gefallen bereit sind. In einer 1966 von Freedman und Fraser veröffentlichten Untersuchung fragten Psychologen Frauen in der kalifornischen Universitätsstadt Palo Alto telefonisch eine Reihe von Fragen über die Haushaltsprodukte, die sie gebrauchten. Einige Tage später riefen die Psychologen wieder an, aber diesmal mit der Bitte, ob sie vier oder fünf Männer vorbeischicken könnten, die für 2 Stunden alle Räume des Hauses durchsuchen würden, um eine Aufstellung aller Haushaltsprodukte zu machen. Frauen, die an der ursprünglichen Befragung teilgenommen hatten, waren doppelt so häufig bereit, dieser Hausdurchsuchung zuzustimmen, als Frauen, die nicht erst befragt worden waren. (Es versteht sich von selbst, dass Frauen, die bereits die kleine Bitte ablehnten, auch bei der großen Bitte nicht einwilligten.) Diese Technik wird häufig beim Telemarketing angewendet, indem man erst vorgibt, eine Befragung etwa zu Haushaltsgeräten durchzuführen und bereitwillige Hausfrauen erst eine Anzahl von Fragen beantworten lässt, um dann das Kaufangebot zu erwähnen (Fennis & Stroebe, 2016).

5. Entscheidung über lebenserhaltende Behandlungen bei todkranken Patienten

Nach der deutschen Rechtsprechung erfüllt ein medizinischer Eingriff den Tatbestand einer Körperverletzung, der lediglich dadurch gerechtfertigt ist, dass der Patient seine Einwilligung gegeben hat nachdem er vollständig über das potentielle Risiko aufgeklärt wurde. Ist der Patient nicht in der Lage seine Einwilligung zu geben (z.B. da er nach einem Unfall bewusstlos ist), wird von der mutmaßlichen Einwilligung ausgegangen. Dabei muss gegeben sein, dass eine tatsächliche Einwilligung nicht eingeholt werden kann und dass nach allen vorliegenden Informationen anzunehmen ist, dass der Patient eingestimmt hätte, wenn er dazu in der Lage gewesen wäre. Es gibt aber Situationen, in denen ein Patient zwar zu einem früheren Zeitpunkt seine Einwilligung zu einer medizinischen Handlung (oder Unterlassung einer Handlung) erklärt hat, wo aber beim Eintreten der relevanten Situation nicht mehr deutlich ist, ob der Patient seine Einwilligung aufrecht erhalten würde, wenn er oder sie noch in der Lage wäre, durchdachte Entscheidungen zu treffen. Eine solche Situation kann auftreten, wenn Entscheidungen getroffen werden müssen, das Leben von todkranken Patienten, bei denen keinerlei Heilungsaussicht besteht, durch lebenserhaltenden Behandlungen zu verlängern.

Lebenserhaltende Behandlungen sind Behandlungen, die nicht auf Heilung ausgerichtet sind sondern darauf, den Patienten am Leben zu erhalten (z.B. künstliche Beatmung und Ernährung). Bei unheilbar kranken Patienten, die nur noch mit künstlichen Methoden am Leben erhalten werden, ergeben sich schwierige Probleme bei der Entscheidung darüber, wie lange eine derartige Behandlung fortgesetzt werden sollte. Ein bekanntes Beispiel ist der Fall von Terri Schiavo, einer Amerikanerin, die sich seit 1990 nach einem durch einen Herzstillstand verursachten Hirnschaden in einem vegetativen Zustand befand und 15 Jahre lang durch künstliche Ernährung am Leben erhalten wur-

de. Nach einem mehrjährigen Rechtsstreit zwischen Terris Eltern und ihrem Ehemann über die Frage, ob die künstliche Ernährung fortgesetzt werden sollte, wurde diese im Mitte März 2005 gestoppt. Terri starb 13 Tage später. Nach den Gesetzen des Staates Florida hing die Entscheidung über das Beenden der lebenserhaltenden Behandlung davon ab, ob dies mit den Wünschen von Terri Schiavo vereinbar gewesen wäre. Der jahrelange Rechtsstreit ging also im Wesentlichen darum, was Terri selbst gewollt hätte, wenn sie diese Situation vorausgesehen hätte (Ditto, 2006). Damit entstand der allgemeine Eindruck, dass der Konflikt hätte vermieden werden können, wenn Terri noch bei voller Gesundheit ein Dokument erstellt hätte, das ihre Wünsche in Bezug auf lebenserhaltende Behandlungen klar zum Ausdruck gebracht hätte.

Es ist zu bezweifeln, ob Terri in einem solchen Dokument die spezifischen Umstände, die ihren Tod verursachten, hätte vorhersehen können. Das psychologisch interessantere und grundsätzlichere Problem ist aber, ob jemand bei voller Gesundheit im Stand ist, zu wissen was er oder sie viele Jahre später in einer Krankheitssituation tatsächlich entscheiden würde. Es geht nämlich nicht um die Präferenzen zum gegebenen Zeitpunkt, sondern um eine Vorhersage der zukünftigen Präferenzen in einer für gesunde Menschen nur schwer vorstellbaren Situation. Die Voraussetzung für die Gültigkeit derartiger Dokumente ist, dass sich die Präferenz für lebenserhaltende Maßnahmen über die Zeit hinweg nicht verändert.

Untersuchungen mit älteren Menschen zeigen eine moderate Stabilität ihrer Präferenzen über einen Zeitraum von ein bis zwei Jahren. Beispiele für Fragen waren etwa: Würde man künstliche Ernährung wünschen, wenn man nach einem Schlaganfall im Koma liegt und keine Hoffnung auf Besserung besteht. Oder in derselben Situation, aber mit leichter Hoffnung auf Besserung. Oder würde man wiederbelebt werden wollen, wenn man an Darmkrebs mit Metastasen in der Leber

leidet? Ein relativ typisches Ergebnis ist, dass die Befragten zwischen den zwei um 12 Monate auseinanderliegenden Zeitabständen etwa 23% ihrer Entscheidungen verändern (Sharman et al. 2008). Die Veränderungen waren häufiger in Richtung einer Vorliebe für keine Behandlung. Interessant war aber, dass die Teilnehmer nicht bemerkten, dass sie ihre Entscheidung verändert hatten. Von den Teilnehmern, die ihre Entscheidung veränderten, glaubten 75% fälschlicherweise, dass dies nicht der Fall gewesen wäre.

Wenn Patienten nicht mehr im Stand sind, ihre Entscheidung mitzuteilen, etwa weil sie im Koma liegen oder nicht mehr klar denken können, wird man sich oft für diese Informationen an Familienmitglieder oder Vertraute der Patienten wenden. Es ist deshalb wichtig zu untersuchen, wie genau solche Vertrauenspersonen die Wünsche der Patienten vorhersagen können. Dies wurde an einer Stichprobe von älteren Patienten sowie deren designierten Vertrauenspersonen untersucht (Fagerlin et al., 2001). Die Situationen, die den Patienten und Vertrauenspersonen vorgelegt wurden, waren dieselben wie in der oben beschriebenen Studie. Man befragte die Patienten über ihre Entscheidung und die Vertrauensperson über ihre Erwartung, wie die Patienten entscheiden würden. Schließlich mussten die Vertrauenspersonen auch noch angeben, wie sie selbst in diesen Situationen entscheiden würden. Die Übereinstimmung zwischen Patienten und Vertrauenspersonen betrug etwas über 70%. Die Abweichungen waren eher in Richtung von Behandlung als von Nichtbehandlung. Weitere Analysen zeigten, dass die Urteile der Vertrauenspersonen stark von ihren eigenen Entscheidungen beeinflusst wurden.

Obwohl die Teilnehmer in den eben beschriebenen Studien ältere Menschen waren, litten sie in der Regel nicht an akuten Erkrankungen. Die Studie von Fried et al. (2006) ist deshalb besonders interessant, da die Teilnehmer schwer krank waren (z.B. Krebs in fortgeschrittenem Stadium, Herzinsuffizienz). Die Befragung wurde über zwei Jahre

durchgeführt. Während dieser zwei Jahre verschlechterte sich der Gesundheitszustand der Patienten. Es zeigte sich, dass die Befragten mit zunehmender Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes Behandlungsmethoden akzeptabel fanden, die zu ernsthaften physischen Beeinträchtigungen führen würden.

Eine Studie, die die Behandlungswünsche von krebskranken Menschen mit den hypothetischen Wünschen von gesunden Menschen verglich, die sich vorstellen mussten, sich in einer vergleichbaren Situation zu befinden, zeigte dass die Kranken viel häufiger auch radikale Behandlungsoptionen zustimmten, selbst wenn diese relativ geringe Erfolgsaussichten hatten (Selvin et al., 1990). Die Teilnehmer wurden befragt, ob sie sich einer extrem schmerzhaften Chemotherapie unterziehen würden, wenn diese ihr Leben um drei Monate verlängern würde. Nur 6% der Onkologen, 10% der gesunden Teilnehmer aber 42% der Krebspatienten bejahten diese Frage.

Insgesamt muss man also feststellen, dass Annahmen über die Wünsche von todkranken Patienten in Bezug auf das Stoppen oder Fortsetzen von lebenserhaltenden medizinischen Behandlungen schwierig sind, wenn der Patient selbst nicht mehr in der Lage ist, sich zu äußern. Selbst wenn der Patient zu einem früheren Zeitpunkt Äußerungen über Präferenzen gemacht haben sollte, kann man nicht davon ausgehen, dass diese Äußerungen sich noch mit den jetzigen Präferenzen decken.

Einer der Gründe für Zweifel an der Gültigkeit von vor Jahren geäußerten Wünschen besteht darin, dass gesunde Menschen häufig die Lebensqualität von chronisch Kranken unterschätzen und deshalb dazu neigen, deren Leben als nicht mehr lebenswert zu erachten. Dies wurde beispielsweise in einer Studie gezeigt, in der die Einschätzung der emotionalen Folgen einer Brustkrebsbehandlung gesunder Menschen mit der von krebskranken Frauen verglichen wurde. Die krebskranken

Frauen waren viel weniger depressiv oder gestresst und hatten eine viel positivere Einstellung zu ihrem Leben als die gesunden Frauen erwarteten (Buick & Petrie, 2002). Ein weitere Studie verglich die Lebenszufriedenheit von Befragten, die an verschiedenen Erkrankungen litten (Asthma, Diabetes, Epilepsie, Haemophilia oder einer Nierenerkrankung die Dialyse notwendig machte) mit der Lebenszufriedenheit einer Stichprobe von gesunden Menschen und fand keine signifikanten Unterschiede (Walsh & Ayton, 2009). Die gesunden Teilnehmer an der Befragung waren genauso mit ihrem Leben zufrieden, wie die kranken. Allerdings schätzten die gesunden Teilnehmer die Lebenszufriedenheit der kranken Befragten viel niedriger ein als ihre eigene und auch niedriger als die Selbsteinschätzung der Befragten.

Diese Einschätzungsfehler sind ganz typisch für psychologische Forschung, die sich mit der Vorhersage von Menschen über ihre eigenen emotionalen Reaktionen auf Ereignisse befasst (affective forecasting). Der allgemeine Befund hier ist, dass Menschen zwar die Valenz ihrer Gefühlsreaktionen (positiv vs. negativ) vorhersagen können, dass sie aber die Einwirkung der Ereignisse grob überschätzen (impact bias). Dieser Effekt beschränkt sich nicht auf negative Ereignisse. Er tritt ebenso bei positiven Ereignissen auf. So überschätzten Studenten, die vor Fußballspielen ihrer Universitätsmannschaften ihre emotionale Reaktion auf Gewinn oder Verlust ihres Teams vorhersagen mussten ihr Glücksgefühl über den Gewinn genauso wie ihre Trauer über einen Verlust (Hoerger, Quirk, Lucas & Carr, 2009).

6. Allgemeine Schlussfolgerungen

Die Studien zu den Strategien der Beeinflussung belegen, dass nicht nur Meinungen, sondern selbst Gedächtnisinhalte manipuliert werden können. Es ist also durchaus möglich, dass jemand durch derartige Beeinflussungsstrategien veranlasst wird, Entscheidungen zu treffen,

die er oder sie später möglicherweise bereut. Obwohl die Einwilligung weder durch Drohung noch durch Täuschung erzielt wurde, kann man bezweifeln, ob sie tatsächlich als völlig frei von Willensmängeln betrachtet werden kann. Am deutlichsten ist dies vermutlich bei Entscheidungen, die unter Konformitätsdruck getroffen werden. Man kann sich hier viele Situationen vorstellen, in denen Menschen unter enormen Druck gesetzt werden, um sich der Mehrheitsentscheidung zu unterwerfen (z.B. wenn sich jemand als einziger Hausbesitzer einem Planungsantrag widersetzt oder als einer von wenigen die Teilnahme bei einer DNA Massenuntersuchung ablehnt.)

Bei den verdeckten Strategien liegt das Problem differenzierter. Zum Beispiel ist man sich bei der unterschweligen Werbung zwar der Werbebotschaft nicht bewusst, aber es steht einem dennoch frei, sich dieser Botschaft zu widersetzen. Wenn jemand beispielsweise Lipton Ice nicht gerne trinkt (oder überhaupt nicht durstig ist), dann wird ihn die unterschwellige Botschaft nicht beeinflussen. Schwieriger ist es, sich einem Ankereffekt zu widersetzen. Dies gelingt vermutlich nur, wenn man sich des Effektes bewusst ist und bewusst gegensteuert durch ankerinkonsistente Argumente zu bedenken. Die Gefahr von Ankereffekten müsste also durchaus in der juristischen Ausbildung diskutiert werden.

Die eindeutigsten rechtlichen Folgerungen ergeben sich vermutlich aus der Forschung zur Fehlinformation und zur Einpflanzung falscher Erinnerungen. Ich gehe davon aus, dass die Forschung zu Fehlinformationseffekten bereits in Richtlinien für polizeiliche Verhöre von Zeugen berücksichtigt wird. Man darf offensichtlich keine leitenden Fragen stellen. Weiterhin ist es sinnvoll, dass solche Verhöre auf Band aufgenommen werden. Die Forschung zum falschen Erinnerungseffekt hat klare Implikationen für die Bewertung sogenannter unterdrückter Erinnerungen an in der Kindheit erfahrenem sexuellem Missbrauch.

Nach dem Stand der Forschung auf diesem Gebiet ist es kaum möglich echte unterdrückte Kindheitserinnerungen von falschen Erinnerungen zu unterscheiden.

Die Hauptschlussfolgerung, die man aus den Ergebnissen der Untersuchungen zu Entscheidungen über lebenserhaltende Behandlungen bei todkranken Patienten ziehen kann, ist wohl, dass es ratsam ist solche Entscheidungen, sollte man sie getroffen haben, regelmäßig zu überprüfen. Wichtig ist die Schlussfolgerung von Ditto und Kollegen (2003), dass Urteile für Situationen, bei denen nahezu niemand eine Behandlung für wünschenswert erachtete (z.B. Koma ohne Hoffnung auf Besserung), sehr stabil blieben. Ich kann mir nicht vorstellen, dass Menschen es für wünschenswert erachten, wie Terri Schiavo fünfzehn Jahre lang durch künstliche Ernährung am Leben erhalten zu werden. Schon allein um dies zu vermeiden, lohnt es sich eine Willenserklärung abzugeben. Anders liegt der Fall bei Behandlungen, die nur dazu dienen, den sicheren Tod zu verzögern. Hier deutet alles darauf hin, dass gesunde Menschen anders entscheiden als kranke, die sich mit dieser Entscheidung konfrontiert sehen. Dies liegt vermutlich daran, dass gesunde Menschen Leben mit einer tödlichen Erkrankung als viel weniger lebenswert erachten als Menschen, die sich tatsächlich in dieser Situation befinden. Welche Entscheidung hier „besser“ ist, ist schwer zu beurteilen. Aber deutlich ist, dass man immer die zeitlich letzte Entscheidung der betroffenen Person respektieren sollte, zumindest solange eine Behandlung nach medizinischem Urteil noch lebensverlängernd wirkt.

Literaturangaben

Asch, S.E. (1956). Studies of independence and conformity: A minority of one against a unanimous majority. *Psychological Monographs*, 70, 1-70.

Buick, D.L., & Petrie, K.J. (2002). „I know just how you feel“: The validity of healthy women’s perceptions of breast-cancer patients receiving treatment. *Journal of Applied Social Psychology*, 32, 110–123.

Ditto, P.H. (2006). What would Terri want? On the psychological challenges of surrogate decision making. *Death Studies*, 30, 135–148.

Englich, B. & Mussweiler, T (2001). Sentencing under uncertainty: Anchoring effects in the courtroom. *Journal of Applied Psychology*, 31, 1535–1551.

Englich, B., Mussweiler, T. & Strack, F. (2005). The last word in court – a hidden disadvantage for the defense. *Law and Human Behavior*, 29, 705–722.

Englich, B., Mussweiler, T. & Strack, F. (2006). Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on expert’s judicial decision making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 32, 188–200.

Fagerlin, A., Ditto, P.H., Danks, J.H., Houts, R.M., & Smucker, W.D. (2001). Projection in surrogate decisions about life-sustaining medical treatments. *Health Psychology*, 20, 166–175.

Fennis, B.M., & Stroebe, W. (2016). *The Psychology of advertising*. (2. Ausg.). New York: Routledge

Festinger, L. & Carlsmith, J.M. (1959). Cognitive consequences of forced compliance. *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 58, 203–10.

Fielding, J.E. (1985). Smoking: Health effects and control. *New England Journal of Medicine*, 313, 491-498.

Feedman, J.L., & Fraser, S.C. (1966). Compliance without pressure: The foot-in-the-door technique. *Journal of Personality and Social Psychology*, 4, 195–202.

Fried, T.R. et al. (2006). Prospective study of health status preferences and changes in preferences over time in older adults. *Archives of Internal Medicine*, 166, 890–895.

Hoerger, M., Quirk, S.W., Lucas, R.E. & Carr, T.H. (2009). Immune neglect in affective forecasting. *Journal of Research in Personality*, 43, 91–94.

Holland, R.W., Hendriks, M. & Aarts, H. (2005). Smells like clean spirit: Non-conscious effects of scent on cognition and behavior. *Psychological Science*, 16, 689–693.

Hyman, I.E. & Loftus, E.F. (1998). Errors in autobiographical memory. *Clinical Psychology Review*, 933–947.

Jonas, K., Stroebe, W., & Hewstone, M. (Eds.) (2014) *Einführung in die Sozialpsychologie* (56. Ausg.). Heidelberg: Springer.

Karremans, J.C. , Stroebe, W. & Claus, J. (2006). Beyond Vicary's fantasies: The impact of subliminal priming on brand choice. *Journal of Experimental Social Psychology*, 42, 792–798.

Loftus, E.F. (1975). Leading questions and the eyewitness report. *Cognitive Psychology*, 7, 500–572.

Loftus, E.F. & Palmer, J.C. (1974). Reconstruction of automobile destruction: An example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, 13, 585–589.

Mattson, M.E., Pollack, E.S., & Cullen, J.W. (1987). What Are the Odds that Smoking Will Kill You? *American Journal of Public Health*, 77, 425–428.

Mussweiler, T., Strack, F. & Pfeiffer, T. (2000). Overcoming the inevitable anchoring effect: Considering the opposite compensates for selective accessibility. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 26, 1142–1150.

North, A.C., Hargreaves, D.J., McKendrick, J. (1999). The influence of in-store music on wine selection. *Journal of Applied Psychology*, 84, 271–276.

Schwarz, N., Strack, F. & Mai, H.P. (1991). Assimilation and contrast effects in part-whole question sequences: A conversational logic analysis. *Public Opinion Quarterly*, 55, 3–23.

Sharman, S.J., Garry, M., Jacobson, J.A., Loftus, E.F. & Ditto, P.H. (2008). False memories for end-of-life decisions. *Health Psychology*, 27, 291–296.

Slevin, M.L., Stubbs, L., Plant, H.J., Wilson, P., Gregory, Armes, P.J., & Downer, S.M. (1990). Attitudes towards chemotherapy: Comparing views of patients with cancer with those of doctors, nurses and general public. *British Medical Journal*, 300, 1458–1460.

Stroebe, W. (2011a). Geheime Verführung. *Gehirn & Geist*, 9, 43–47.

Stroebe, W. (2011b). *Social Psychology and Health* (3. Auflage). Maidenhead, UK: Open University Press.

Tversky, A. & Kahneman, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, 185, 1124–1131.

Tversky, A & Kahneman, D. (1981). The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*, 211, 453–458.

Walsh, E., & Ayton, P. (2009). What would it be like for me and for you? Judged impact of chronic health conditions on happiness. *Medical Decision Making*, 29, 15–22.

4. Einwilligung im Verfassungsrecht der Grundrechtsverzicht und andere verwandte Rechtsfiguren

Alexander Kolz

1. Einleitung

„In einer Gesellschaft, die gerecht sein will, darf man sich nicht alles nehmen, man darf nicht alles tun, und man darf nicht mit allem handeln. Auch „Freiwilligkeit“ spielt dabei keine Rolle: Niemand darf seine Organe verkaufen. Der sogenannte „Zwergenweitwurf“ ist nicht zulässig; das Argument, man nähme Kleinwüchsigen damit die Erwerbsquelle, ist falsch. Das Aufgeben der Menschenwürde ist logisch keine Option von Autonomie. Unter Menschen, die einander respektieren, kann Sexualität keine Handelsware sein. In einer Gesellschaft, die sich selbst respektiert, auch nicht.“¹

Befasst man sich mit der Einwilligung im Verfassungsrecht, steht man unter anderem vor der Frage, wann es gerechtfertigt ist – wie im soeben zitierten Text –, das Wort Freiwilligkeit in An- und Abführungszeichen zu setzen. Zweifel an der Einwilligung als Ausdruck von Autonomie sind erlaubt und geboten, wenn der Einwilligende faktisch keine wirkliche Wahl hat oder sich jedenfalls in einer solchen Lage wähnt. Setzt man derartige Zweifel hingegen – wie nach hier vertretener Ansicht im soeben zitierten Text – allzu großzügig ein, läuft man Gefahr, die eigene Weltsicht in paternalistischer Weise zu verallgemeinern und das Handeln – und damit die Freiheit – anderer Menschen eigenen Wertmaßstäben zu unterwerfen. Dieser Beitrag möchte insbesondere der Frage nachgehen, wie viel „Schutz des Menschen vor sich

¹ Volker Zastrow, FAZ vom 17. November 2013, in einem ein Verbot von Prostitution befürwortenden Kommentar.

selbst“ verfassungsrechtlich zulässig und geboten erscheint (2.), inwieweit Belange Dritter (beziehungsweise öffentliche Belange) der Wirksamkeit einer Einwilligung verfassungsrechtlich entgegenstehen (3.) und unter welchen Umständen eine nach diesen Maßgaben grundsätzlich mögliche Einwilligung wirksam abgegeben werden kann (4.). Sodann sollen jüngere verfassungsrechtliche Entscheidungen mit Bezug zur Einwilligung vorgestellt werden (5.). Abschließend soll ein Fall vorgestellt werden, welcher anschaulich zeigt, wie nach gängiger Praxis der meisten Bundesländer das auf den ersten Blick vorbildliche Zugeständnis an Maßregelvollzugsinsassen, durch eine – gegebenenfalls verweigerte – Einwilligung über die Reichweite der ärztlichen Schweigepflicht autonom zu entscheiden, an anderer Stelle zu verfassungsrechtlichen Problemen führt (6.).

Wenn es im Folgenden darum geht, die Wirkungen der Einwilligung – vor allem wegen des Ziels, auf welches sie gerichtet ist (sogleich unter 3.), womöglich aber auch wegen der Umstände ihres Zustandekommens (4.) – zu beschränken, sollte man sich zunächst bewusst machen, dass die Freiheit, in Grundrechtseingriffe einzuwilligen, ihrerseits grundrechtlich geschützt ist. Handelt es sich um eine Einwilligung mit besonderem Persönlichkeitsbezug, erfolgt der Schutz durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, andernfalls – etwa bei Einwilligungen in Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – durch die Allgemeine Handlungsfreiheit.² Das Bestreben, den Schutz verfassungsrechtlich geschützter Güter durch eine Delegitimierung der Einwilligung zu betreiben, unterliegt als Grundrechtseingriff somit verfassungsrechtlich einem Rechtfertigungsbedürfnis. Als Schranken kommen neben Gesetzen (wie § 136a StPO) auch verfassungsrechtlich verankerte entgegenstehende Interessen in Frage.³

² Kolz, Einwilligung und Richtervorbehalt, 2006, S. 56 f.

³ Kolz, a.a.O., S. 57 m.w.N.

2. Schutz des Menschen vor sich selbst

Es liegt nahe, dass ein derartiger verfassungsrechtlicher Belang Grundrechte des Einwilligenden sein können. Dies kommt allerdings lediglich dann in Frage, wenn der Schutz des Einwilligenden vor sich selbst nicht von vornherein aus grundsätzlichen Erwägungen ausgeschlossen ist.

Dass dies nicht stets der Fall sein kann, liegt auf der Hand. So bringt die eingriffsmildernde Einwilligung – etwa in die Herausgabe des gesuchten Gegenstands zur Abwendung einer bereits angeordneten strafprozessualen Durchsuchung – lediglich Vorteile für den Einwilligenden mit sich. Auch mögliche Eingriffe in die Menschenwürde verlieren ihre entwürdigende Wirkung mit der Einwilligung des Betroffenen. Beispielsweise funktionalisiert der aufgezwungene Brechmittelsatz den Körper des Betroffenen in entwürdigender Weise, während die einverständliche Einnahme des Brechmittels – etwa aus der Sorge, eines der verschluckten Drogenpäckchen könne im Darm zerplatzen – völlig unproblematisch ist.

Weil die Menschenwürde wesentlich in der Autonomie besteht,⁴ erscheint eine Verletzung der Menschenwürde infolge einer Einwilligung zunächst schwer vorstellbar. Wollte man dem Einzelnen mit Berufung auf die Menschenwürde eine Einwilligung und damit selbstbestimmtes Handeln untersagen, geriete man rasch in den Bereich des „Würde-Paternalismus“.⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat dies jüngst noch einmal auf den Punkt gebracht: *„Überdies lässt sich der Würdeschutz gegen das freiwillige und eigenverantwortliche Handeln der Person – trotz der auch objektivrechtlichen Geltungsdimension der Menschenwürde – auch deshalb nicht begründen, weil andernfalls*

⁴ Frankenberg, *Autorität und Integration*, S. 270.

⁵ Frankenberg, *Autorität und Integration*, S. 280.

*die als Freiheits- und Gleichheitsversprechen zugunsten aller Menschen konzipierte Menschenwürdegarantie zu einer staatlichen Eingriffsermächtigung verkehrt würde. Der Schutz der Menschenwürde gegen ihren personalen Träger gewendet mit der Konsequenz, diesem gerade diejenige individuelle Autonomie abzusprechen, die ihm Art. 1 Abs. 1 GG garantieren will.*⁶

Gleichwohl muss einer Einwilligung gerade im Sinne der Autonomie die Wirkung versagt werden, wenn der Einwilligende mit ihr die Voraussetzungen zu künftigem selbstbestimmtem Handeln aufgeben würde (etwa beim Selbstverkauf in die Sklaverei).⁷ Mit einer gewissen Vorsicht vor paternalistischer Überregulierung kann man zudem in Fällen einer besonders krassen Entwürdigung die Unfreiwilligkeit der Einwilligung unwiderleglich vermuten: Manches (aber auch wirklich nur manches) kann niemand wirklich wollen, so dass eine freie Entscheidung nicht vorstellbar ist.⁸ Einfachrechtlich wird dies etwa durch den Begriff der guten Sitten in § 228 StGB oder in § 138 BGB abgebildet.

Abgesehen davon rechtfertigt der Schutz des Einzelnen vor sich selbst jedoch keine Beschränkung der Einwilligungsfreiheit.

⁶ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 9. Mai 2016 - 1 BvR 2202/13 -, juris Rn 57 m.w.N.

⁷ Vgl. BVerfG, a.a.O.

⁸ Tatsächlich untersagt ist etwa der „Zwergenweitwurf“, vgl. VG Neustadt, NVwZ 1993, S. 98 ff., erlaubt war hingegen offenbar die Ausstrahlung der Sendung „Go West“ beim Sender RTL II, in der „ein seltsam verwachsener Homunkulus“ auf die durch das Konzept der Sendung geschaffenen Überforderungssituationen „mit der putzigen Wut eines Zwergs, der gerade gegen seinen Willen sehr weit geworfen wurde“, reagiert, vgl. <http://www.spiegel.de/kultur/tv/go-west-auf-rtl-ii-tv-blog-ueber-andreas-liebisch-in-new-york-a-957892.html>.

3. Schutz überindividueller Belange

Es leuchtet unmittelbar ein, dass der Einzelne mit seinem Handeln immer wieder Wirkungen erzeugt, welche über den eigenen Rechtskreis hinausreichen. Kann die Einwilligung dazu beitragen, die Rechtsstellung Dritter oder gar staatsorganisationsrechtliche Ziele zu beeinträchtigen, wird anhand einer Abwägung zwischen den Interessen des Einwilligenden und den entgegenstehenden Belangen über die Wirksamkeit der Einwilligung zu entscheiden sein.

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass auf das Recht auf geheime Wahlen nicht verzichtet werden kann. Der Wähler ist auch bei der Briefwahl verpflichtet, den Stimmzettel unbeobachtet zu kennzeichnen.⁹ Das Recht auf geheime Wahl ist ein Recht aller Bürger auf geheime Stimmabgabe aller. Ebenso ist im Rahmen von § 353d Nr. 3 StGB die Einwilligung des betroffenen – durch das Verbot der Mitteilung über Gerichtsverhandlungen geschützten – Verfahrensbeteiligten für die Strafbarkeit bedeutungslos, weil mit der Strafnorm auch überindividuelle Belange, insbesondere die Wahrheitsfindung und die Neutralität des Gerichts, geschützt werden sollen.¹⁰

In diesem Sinne ist bei Einwilligungen regelmäßig die Prüfung vonnöten, ob durch sie erheblicher Druck auf andere entstehen kann, sich ihrer Rechte ebenfalls – aber im Gegensatz zum Einwilligenden unfreiwillig – zu entäußern. Besonders kritisch sind Einwilligungen zu beurteilen, welche mittelbar Verstöße gegen die Menschenwürde oder gegen den gemäß Art. 19 Abs. 2 GG geschützten Wesensgehalt der Grundrechte hervorrufen können. Aber auch bei potentiellen „einfachen“ Verstößen gegen Grundrechte (die nach vorzugswürdiger Ansicht auch objektive Funktionen haben) bestehen Bedenken.

⁹ BVerfGE 21, 200 <205>.

¹⁰ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 27. Juni 2014 – 2 BvR 429/12 –, NJW 2014, S. 2777 ff., juris Rn 25 ff.

Sieht außerdem ein Gesetz bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen im öffentlichen Interesse vor, kann je nach deren Gewicht und Disponibilität der Vorrang des Gesetzes in der Abwägung gegen das jeweils im Einzelfall konkret zu bestimmende Einwilligungsinteresse des Einzelnen obsiegen und eine Beschränkung der Einwilligungsfreiheit legitimieren.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit lässt sich der Einwilligungsfreiheit ebenfalls kaum entgegenhalten. Denn wer eine staatliche Maßnahme wünscht, wird sie auch für angemessen halten. Bei eingriffsmildernden Einwilligungen wird auch die Erforderlichkeit der Maßnahme keine Schwierigkeiten bereiten. In anderen Fällen erscheint es aber durchaus als denkbar, dass die durch die Einwilligung zu legitimierende Maßnahme objektiv ungeeignet oder nicht erforderlich ist. In diesem Fall vermag die Einwilligung den Eingriff nicht zulässig zu machen.¹¹ Allerdings ist hierbei der große Spielraum der handelnden Organe zu beachten, wonach eine Maßnahme schon evident ungeeignet sein muss, um gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu verstoßen.

Der Vorbehalt des Gesetzes kommt als Schranke der Einwilligungsfreiheit nur dann in Frage, wenn es um eine gesellschaftlich derart zentrale Frage geht, dass ein öffentlicher parlamentarischer Diskurs über die Einwilligungsmöglichkeit unverzichtbar erscheint. Wenn in diesen Fällen die Exekutive trotz des Fehlens einer gesetzlichen Regelung massenhaft Einwilligungen veranlasst, umgeht sie den eigentlich vorgesehenen Weg. Im Normalfall hingegen bestehen keine Bedenken dagegen, dass der – schließlich verfassungsrechtlich verankerte – Konsens des Staates mit dem Einzelnen auch ohne ein Gesetz zustande kommt, welches diesen Konsens vorsieht.

¹¹ Kolz, a.a.O., S. 88 f.

Dies war jedenfalls der Stand der Dinge zum Zeitpunkt des Symposiums. In der Zwischenzeit ist jedoch am 14. April 2016 die Datenschutzrichtlinie der Europäischen Union verabschiedet worden, die bis 2018 umzusetzen sein wird. Sie gilt für das Gefahrenabwehr- und Strafrecht einschließlich der Strafvollstreckung und lässt gemäß Art. 8 Abs. 1 die Datenverarbeitung nur auf der Basis einer spezifischen Rechtsgrundlage zu. In Erwägungsgrund 35 wird ausgeführt, dass die Einwilligung mangels echter Wahlfreiheit in diesem Bereich keine solche rechtliche Grundlage darstelle. Den Mitgliedstaaten sei es aber möglich, durch Rechtsvorschriften vorzusehen, dass die betroffene Person der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zustimmen kann. Mit Einwilligungen könnte somit nur noch gearbeitet werden, wenn dies – wie bisher beispielsweise schon in § 56c Abs. 3 StGB oder § 81g Abs. 3 Satz 2 StPO – gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist.

Das heißt, der Vorbehalt des Gesetzes würde der Wirksamkeit von Einwilligungen, die nicht bereits gesetzlich vorgesehen sind, im Strafrecht stets im Wege stehen, wenn die Richtlinie im hier verstandenen Sinne umgesetzt wird – ein schwerer und etwas undifferenziert geführter Schlag gegen die Einwilligungsfreiheit.

4. Die Umstände der Einwilligung

Selbstverständlich setzt die wirksame Einwilligung zunächst die grundsätzliche Einwilligungsfähigkeit des Einwilligenden voraus. Auch kann eine durch Täuschung, Drohung oder Zwang abgegebene Einwilligung keine Wirksamkeit entfalten.

Doch auch ohne Täuschung, Drohung oder Zwang gibt es Anlass, an der Wirksamkeit der Einwilligung zu zweifeln, wenn der Betroffene vor der Einwilligung nicht hinreichend aufgeklärt wurde. Zu einer

hinreichenden Aufklärung gehört der Hinweis auf die staatlichen Handlungsmöglichkeiten ohne Einwilligung. Wer zu Unrecht davon ausgeht, er könne mit seiner Einwilligung ohnehin nichts verhindern, mit der Einwilligung hingegen immerhin seinen „guten Willen“ unter Beweis stellen möchte, entscheidet nicht aufgeklärt und daher auch nicht wirklich freiwillig über die Einwilligung.¹²

Dies gilt erst Recht, wenn von Seiten der staatlichen Stelle fälschlicherweise suggeriert wird, man könne den drohenden Eingriff auch ohne die Einwilligung nicht verhindern: Denn dann liegt eine Täuschung vor, welche – wie dargelegt – zur Unwirksamkeit der Einwilligung führt. Liegt hingegen tatsächlich der Fall einer eingriffsmildernenden Einwilligung vor,¹³ ist eine derartige Information von Seiten des Staates also zutreffend, so lässt sich gegen die Wirksamkeit der Einwilligung nichts erinnern. Allein der Umstand, dass sich der Betroffene in einer unkomfortablen Lage befinden mag, führt nicht zur Unwirksamkeit der Einwilligung. Insbesondere bei staatsveranlassten Einwilligungen wird man eine unmissverständliche Aufklärung über Zweck und Risiken der Maßnahme fordern müssen,¹⁴ während eine Einwilligung aus eigener Initiative weniger kritisch zu prüfen ist.

Ein Sonderproblem ist bei der Situation von Personen im Maßregelvollzug und Strafgefangenen zu berücksichtigen. Zwar ist die Entscheidung zwischen Fortdauer und Entlassung von den Gerichten nach gesetzlich eindeutig festgelegten (§§ 57, 57a, 67d, 67e StGB) Kriterien zu treffen und sind auch Entscheidungen der Vollstreckungsanstalt (also der Justizvollzugsanstalt, der Entziehungsanstalt, der psychiatrischen Klinik und der Einrichtungen gemäß § 66c StGB) gemäß § 109 StVollzG gerichtlich überprüfbar.

¹² Vgl. Kolz, a.a.O., S. 115 m.w.N.

¹³ Siehe oben 2.

¹⁴ Vgl. Kolz, a.a.O., S. 114 m.w.N.

Dennoch dürfte sich die Situation der Insassen häufig so darstellen, dass sie befürchten, infolge eines unkooperativen Vorgehens Nachteile in Kauf nehmen zu müssen. Ob diese Befürchtungen begründet sind, mag dahinstehen. Entscheidend ist, dass sie sich auf rationaler Grundlage bilden. Zu dieser Grundlage gehört:

- das den Vollstreckungsanstalten hinsichtlich des Strafvollzugs zustehende Ermessen, aufgrund dessen dortige Entscheidungen gerichtlich nicht voll überprüfbar sind;
- die Abhängigkeit von Stellungnahmen der Vollstreckungsanstalten gegenüber den Gerichten im Bereich der Strafvollstreckung. Bereits – gerichtlich nicht überprüfbar – Nuancierungen im Ton können in diesem Zusammenhang Effekte erzielen. „Unkooperativen“ Insassen, welche im Verlauf ihrer Haftzeit oder Unterbringung regelmäßig – durchaus auch mit Erfolg – den Rechtsweg gegen Strafvollzugsentscheidungen beschritten haben, wird in diesem Zusammenhang gerne bescheinigt, sie hätten sich nicht ausreichend mit den von ihnen begangenen Taten auseinandergesetzt, sondern stellten „die rechtlichen Fragen der Unterbringung in den Vordergrund“;
- die Möglichkeit, den Betroffenen im Vollzug viele kleine Ärgernisse zuzufügen oder zu ersparen, wobei der Insasse in der Regel erhebliche Schwierigkeiten haben wird, den Nachweis zu führen.

Aus alledem folgt, dass es erhebliche Anreize gibt, nicht als unkooperativ – oder gar als Querulant – gelten zu wollen. Gerade wenn innerhalb der Vollstreckungsanstalt „flächendeckend“ mit Einwilligungen gearbeitet wird, steigt mit jeder abgegebenen Einwilligung der Druck des Betroffenen, ebenfalls eine Einwilligung abzugeben.

Bei alledem noch gar nicht berücksichtigt ist der Umstand, dass Menschen – generell und besonders im Vollzug – auch ohne besondere Drucksituation dazu neigen, sich an Autoritäten zu orientieren und ihnen gefallen zu wollen. Der Gesetzgeber hat in Kenntnis dieser Problemlage auch einverständliche sexuelle Kontakte zwischen Eingee-

sperrten und Anstaltspersonal für die letztgenannte Gruppe gemäß § 174a StGB unter Strafe gestellt.¹⁵

Fraglich ist nun, ob bereits das aus den soeben dargestellten Aspekten ableitbare Risiko, es werde unbemerkt zu unfreiwillig erteilten Einwilligungen kommen, den generellen Ausschluss von Einwilligungen rechtfertigt. Im Hinblick auf die bereits betonte¹⁶ grundrechtliche Verankerung der Einwilligungsfreiheit ist eine Abwägung zwischen den Interessen der freiwillig Einwilligenden und denjenigen der möglicherweise nicht freiwillig Einwilligenden geboten. Dabei dürfen die Interessen der Inhaftierten beziehungsweise Untergebrachten, ihre Angelegenheiten – auch durch die Inkaufnahme staatlicher Eingriffe – selbstbestimmt zu regeln, nicht geringgeschätzt werden. Vor diesem Hintergrund dürfte ein generelles Einwilligungsverbot während des Straf- oder Maßregelvollzugs nicht verfassungsrechtlich geboten sein. Der Gesetzgeber allerdings dürfte – je nach Fallkonstellation – regelmäßig über den Spielraum verfügen, den Interessenkonflikt durch ein Einwilligungsverbot zu lösen. Dazu sollte er sich umso eher veranlasst sehen, je weniger der Betroffene durch die Einwilligung für sich gewinnen kann und je stärker die Einwilligung staatlich veranlasst wird.¹⁷

¹⁵ Vgl. den Beitrag von Herrn Prof. Dr. Saliger im selben Band.

¹⁶ Siehe oben 1.

¹⁷ Vgl. Kolz, a.a.O., S. 113. Ein Einwilligungsverbot wäre freilich im Falle der Umsetzung der Datenschutzrichtlinie nicht erforderlich – es würde dann ausreichen, für die jeweilige Fallkonstellation keine explizite Einwilligungsmöglichkeit vorzusehen, siehe oben 3.

5. Neuere Verfassungsgerichtsentscheidungen

Der Entscheidung des Zweiten Senats zur Zwangsbehandlung vom 23. März 2011¹⁸ lässt sich entnehmen, dass der Senat davon ausgeht, bei einer Einwilligung liege bereits gar kein Eingriff vor. Denn die Eingriffsqualität der Behandlung wird ausdrücklich damit begründet, dass lediglich der bestellte Betreuer eingewilligt habe, die Maßnahme aber gegen den natürlichen Willen des Betroffenen erfolgt sei.¹⁹ Eine Befugnis des Staates, den Einzelnen „vor sich selbst in Schutz zu nehmen“, existiere nur bei Einsichtsunfähigkeit. Eine „Vernunftloshheit“ staatlicher Organe gebe es nicht.²⁰

In einem Kammerbeschluss vom 21. Oktober 2003²¹ wurde die instanzgerichtliche Auffassung, eine Belehrung über die Freiwilligkeit der Einwilligung sei bei einer Durchsuchung nur dann erforderlich, wenn deren zwangsweise Durchsetzung nicht in Betracht komme, für von Verfassungswegen vertretbar gehalten.

Ein Kammerbeschluss vom 18. September 2008²² verneinte eine freiwillige Herausgabe von Unterlagen oder gar einen Verzicht auf den Schutz von Art. 13 Abs. 1 GG, weil die Durchsuchung auch ohne Einwilligung durchgeführt worden wäre, so dass die Einwilligung nicht frei von Zwang gewesen sei. Auf den ersten Blick wirkt diese Entscheidung so, als werde damit gerade der oben²³ als Prototyp der wirksamen Einwilligung beschriebenen eingriffsmildernden Einwilli-

¹⁸ BVerfGE 128, 282.

¹⁹ A.a.O., S. 301 f.; a.A.: Kolz, a.a.O., S. 71 f. m.w.N.

²⁰ A.a.O., S. 308 unter Verweis auf BVerfGE 58, 208 <225>.

²¹ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 21. Oktober 2003 – 2 BvR 1500/03 –, juris Rn 4.

²² BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 18. September 2008 – 2 BvR 682/08 –, wistra 2008, S. 463 ff., juris Rn 19.

²³ Siehe oben, 2.

gung die Wirksamkeit genommen. Tatsächlich aber stellt der Beschluss lediglich klar, dass man sich mit einer solchen Einwilligung nicht jeglicher Rechtsmittel begibt, um die dann auf der Einwilligung beruhende Maßnahme überprüfen zu lassen.

In einem weiteren Kammerbeschluss vom 22. Februar 2011²⁴ hat das Bundesverfassungsgericht die Frage, ob die Menschenwürde ein disponibles Grundrecht sei, auf das man verzichten könne, offen gelassen. Außerdem hat es erkennen lassen, dass an die konkludente Einwilligung eines Strafgefangenen erhöhte Anforderungen zu stellen seien.

Diese Überlegung findet sich auch in einem Kammerbeschluss vom 25. Oktober 2011,²⁵ in welchem hervorgehoben wird, die Zustimmung zu grundrechtseingreifenden Maßnahmen müsse frei von unzulässigem Druck erfolgen. Ob dies unter den besonderen, durch weitreichende Abhängigkeitsverhältnisse geprägten Bedingungen des Strafvollzugs möglich sei, müsse nicht allgemein beantwortet werden. Jedenfalls dürfe die Aushändigung von Verteidigerpost nicht von der Zustimmung zu einer Sichtkontrolle abhängig gemacht werden.

Ferner erging noch ein Kammerbeschluss vom 7. November 2011,²⁶ durch den der vorgenannte Beschluss vom 22. Februar 2011 bekräftigt wurde.

Mit Kammerbeschluss vom 20. Mai 2014²⁷ hat das Bundesverfassungsgericht außerdem angedeutet, dass dem betroffenen Vollzugsin-

²⁴ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 409/09 –, EuGRZ 2011, S. 177 ff., juris Rn 35.

²⁵ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 25. Oktober 2011 – 2 BvR 979/10 –, NStZ-RR 2012, S. 60 f., juris Rn 20 ff.

²⁶ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 7. November 2011 – 1 BvR 1413/09 –, StV 2012, S. 354 ff., juris Rn 42.

sassen regelmäßig nicht die Beweislast für ein Fehlen der von der Vollzugsanstalt nicht dokumentierten ordnungsgemäßen Aufklärung aufgebürdet werden darf.

Schließlich erging noch ein Kammerbeschluss vom 9. Mai 2016,²⁸ mit welchem das Bundesverfassungsgericht entschied, der Einrichtung einer Krypta zur Bestattung von Priestern unterhalb einer in einem Gewerbegebiet errichteten Kirche stehe weder die Würde der zu Bestattenden entgegen (deren mutmaßlichem Willen diese Bestattung entsprechen dürfte)²⁹ noch das Pietätsempfinden der Hinterbliebenen (denen „*die aus ihrem religiösen Selbstbestimmungsrecht folgende Möglichkeit der Eingriffseinwilligung beziehungsweise des Grundrechtsausübungsverzichts*“ verbleibe). Das Bundesverfassungsgericht hat damit einer Argumentation den Boden entzogen, mit welcher paternalistisch³⁰ festgelegt werden sollte, was einen Priester oder seine Angehörigen – denen eine Bestattung des Priesters in „seiner“ Kirche doch nach ihrem subjektiven Empfinden eigentlich zur Ehre gereichen dürfte – an einem solchen Bestattungsort zu stören habe.

6. Ein aktueller Fall aus dem Strafvollstreckungsrecht

Auch im Strafvollstreckungsrecht spielt das Institut der Einwilligung eine erhebliche Rolle. § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB bestimmt, dass

²⁷ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 20. Mai 2014 – 2 BvR 2512/13 –, juris Rn 22 f.

²⁸ BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 9. Mai 2016 – 1 BvR 2202/13 –, juris Rn 57, 61.

²⁹ Zu Würde und Autonomie siehe bereits oben, 2.

³⁰ Wenngleich nicht verkannt werden soll, dass es den Instanzgerichten letztlich nicht auf paternalistische Bevormundung, sondern auf den Schutz der gewerbetreibenden Nachbarn – die später auf die Hinterbliebenen würden Rücksicht nehmen müssen – angekommen sein dürfte.

eine Aussetzung der Vollstreckung eines Strafrestes zur Bewährung eine Einwilligung des Betroffenen voraussetzt. Zudem spielt die Einwilligung im Maßregelvollzug eine Rolle, ohne dass dies auf den ersten Blick ersichtlich ist.

a) Die bereits erwähnte,³¹ gemäß § 67e StGB jährlich vorzunehmende Prüfung, ob die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus fort dauert, muss sich notwendig – auch – maßgeblich auf die innerhalb dieser Jahresfrist gewonnen Erkenntnisse stützen. Es stellt sich aber die Frage, wie die zuständige Strafvollstreckungskammer diese Erkenntnisse gewinnen kann.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage, ob und inwieweit die ärztliche Schweigepflicht im Maßregelvollzug auch gegenüber den Vollstreckungsgerichten besteht, jüngst offen gelassen.³² Tatsächlich dürfte von einem grundsätzlichen Bestehen der Schweigepflicht auszugehen sein, die allerdings durch die Maßregelvollzugsgesetze der Länder durchbrochen werden kann.³³

Entbindet der Betroffene die behandelnden Ärzte der Klinik von ihrer Schweigepflicht, so dürfen sie dem Gericht ebenso detailliert und unbeschränkt Auskunft geben wie einem gegebenenfalls zur noch besseren Sachaufklärung bestellten externen psychiatrischen Sachverständigen, dem dann auch sämtliche Behandlungsunterlagen zugänglich gemacht werden können.

Was auf den ersten Blick völlig unproblematisch klingt, führt in den Bereich der Einwilligungen. Denn die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber einer staatlichen Stelle ist nichts anderes

³¹ Siehe oben 4.

³² BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Januar 2015 – 2 BvR 2049/13 u.a. –, RuP 2015, S. 100 ff., juris Rn 39.

³³ Dazu sogleich 6. d).

als die Einwilligung in einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Der Schutz des Menschen vor sich selbst dürfte der Wirksamkeit einer solchen Einwilligung ebenso wenig entgegenstehen wie überindividuelle Belange.

Problematisch erscheinen hingegen die Umstände einer solchen Einwilligung. Soeben³⁴ wurde herausgearbeitet, dass Einwilligungen von Straf- und Maßregelvollzugsinsassen umso problematischer sind, je weniger der Betroffene durch die Einwilligung für sich gewinnen kann und je stärker die Einwilligung staatlich veranlasst wird.

b) Um die Zulässigkeit der Einwilligung zuverlässig prüfen zu können, wäre daher herauszuarbeiten, ob es sich um eine eingriffsmildernde Einwilligung handelt, als deren Folge der Betroffene wenig zu verlieren, aber viel zu gewinnen hat. Zunächst scheint vieles dafür zu sprechen, wie man erkennt, wenn man die Folgen einer verweigerten Einwilligung untersucht.

Typischerweise wird der Insasse seine Einwilligung (vielleicht auch, aber) nicht in erster Linie aus Scham über die Vorfälle in der Therapie und wegen des Schutzes seiner Intimsphäre verweigern. Vielmehr wird es ihm regelmäßig zuvorderst darauf ankommen, seine Erfolgchancen bei der gerichtlichen Prüfung der Fortdauer zu maximieren. Die verweigerte Einwilligung wäre aber dann offenkundig nutzlos – und die Einwilligung demzufolge rein eingriffsmildernd und höchst vernünftig –, wenn die Gerichte die Verweigerung als „Alarmzeichen“ verstehen und ohne nähere Sachaufklärung die Fortdauer anordnen würden.³⁵

³⁴ Siehe oben 4.

³⁵ Vgl. Waider, R & P 2006, S. 65 <73> m.w.N.

Dies ist freilich nicht zu befürchten. Der verfassungsrechtlichen Vorgabe einer eigenständigen Überprüfung eines hinreichend substantiierten ärztlichen Gutachtens als Basis einer eigenen Prognoseentscheidung durch den Richter³⁶ ist nicht genügt, wenn die psychiatrische Klinik lediglich das Ergebnis ihrer eigenen Überprüfung mitteilt, welches von den Gerichten sodann übernommen wird. Dem Sinn der gemäß § 67e Abs. 2 StGB jährlich vorzunehmenden Überprüfung entspricht es nicht, wenn auf dem Erkenntnisstand des Vorjahres sowie lediglich auf der Basis einer unbegründeten und damit unüberprüfbar empfohlenen Klinik die Vorjahresentscheidung schlicht wiederholt wird.³⁷

Was ist also zu tun, um sowohl die Schweigepflicht zu respektieren als auch bestmögliche Sachaufklärung zu betreiben?

Soweit der Therapeut in der Klinik Aufgaben wahrnimmt, die auch nicht ärztlichem Personal übertragen werden könnten – wie das in anderen Vollzugseinrichtungen auch der Fall ist –, entsteht mangels eines ärztlichen Vertrauensverhältnisses keine Schweigepflicht.³⁸ Der während der Freizeitbeschäftigung für jeden Mitpatienten und Arzt erkennbare psychische Zustand des Patienten sowie das Verhalten der Patienten untereinander fallen nicht unter den Geheimnisschutz, was nicht bedeutet, dass derartige Erkenntnisse stets vollumfänglich veröffentlicht werden dürfen.³⁹ Insbesondere wenn der Betroffene die Therapie prinzipiell vollständig verweigert, dürfte die Gefahr, dass durch

³⁶ Vgl. BVerfGE 70, 297 <310>.

³⁷ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Januar 2015 – 2 BvR 2049/13 u.a. –, RuP 2015, S. 100 ff., juris Rn 33 ff.

³⁸ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Januar 2015 – 2 BvR 2049/13 u.a. –, RuP 2015, S. 100 ff., juris Rn 41.

³⁹ Vgl. Volckart, R & P 1990, S. 158 <160>; Schöch, in: Festschrift für Arthur Kreuzer zum 70. Geburtstag, Zweiter Band, 2008, S. 669 <678>; Grünebaum, Maßregelvollzug, 2009, S. 253 ff.; Waider, in: Pollähne/Rode, Schweigepflicht und Datenschutz, 2010, S. 99 <106 f.>.

die bloße Mitteilung dieses Umstandes Patientengeheimnisse offenbart werden, fernliegen.⁴⁰ Darüber hinaus besteht für die Klinik die Möglichkeit, zu Beginn eines zu begutachtenden Zeitraums einen Gutachter zu benennen, der in der Folge mit der Therapie des Betroffenen nicht befasst wird,⁴¹ und Patientenakten in einen allgemeinen und einen der Schweigepflicht unterfallenden Teil zu gliedern.⁴²

Da die Verweigerung der Entbindungserklärung die Gerichte von der Pflicht zur bestmöglichen Sachaufklärung somit nicht befreit und keinen „Fortdauer-Automatismus“ auslösen darf, stellt sich die Einwilligung nicht als rein eingriffsmildernd dar.

c) Im Ergebnis ist also die Abwägung zwischen den Interessen der freiwillig Einwilligenden und der anderen Insassen vorzunehmen. Dabei ist zu beachten, dass es sich zwar nicht um eine rein eingriffsmildernde Einwilligung handelt. Andererseits bietet die Einwilligung dem Betroffenen aber immerhin die Möglichkeit, dass das Gericht von Seiten der Klinik über etwaige Therapiefortschritte detailliert informiert wird. Je nach Therapieverlauf dürfte sich der Anreiz einzuwilligen unterscheiden. Insbesondere bei einem ungünstigen Verlauf sind Fälle denkbar, in denen sich der Insasse mit seiner Einwilligung eher schadet. Dass folglich in diesen Fällen – auch – mit unfreiwillig erteilten Einwilligungen gerechnet werden muss, dürfte auf der Hand liegen. Gegen die Wirksamkeit der Einwilligung spricht auch die staatliche Veranlassung.

⁴⁰ Anders wäre es im Fall „mangelnder Mitarbeit“ in der Therapie, vgl. BVerfGK 8, 183 <191 f.>.

⁴¹ Vgl. Marx, GA 1983, S. 160 <178>; Schöch, in: Festschrift für Arthur Kreuzer zum 70. Geburtstag, Zweiter Band, 2008, S. 669 <679>.

⁴² Vgl. Schöch, in: Festschrift für Arthur Kreuzer zum 70. Geburtstag, Zweiter Band, 2008, S. 669 <679 f.>; Grünebaum, Maßregelvollzug, 2009, S. 262.

Ein generelles Einwilligungsverbot erscheint jedoch verfassungsrechtlich nicht geboten, zumal man damit den Insassen mit positivem Therapieverlauf den Weg in die Freiheit erschweren und sie der Gestaltungsfreiheit, den Therapeuten zur Auskunft über lediglich bestimmte Bereiche zu ermächtigen, berauben würde. Somit ist von der Wirksamkeit der Einwilligung auszugehen, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte dagegen sprechen.

d) Die landesrechtlichen „Psychisch-Kranken-Gesetze“, welche mitunter den Vollzug der Unterbringung in der psychiatrischen Klinik regeln, sind in den meisten Bundesländern zurückhaltend formuliert und stellen somit regelmäßig keine gesetzliche Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht dar,⁴³ so dass es auf die Entbindungserklärung des Insassen entscheidend ankommt.

Demgegenüber regelt das Gesetz über den Vollzug von Maßregeln der Besserung und Sicherung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt (Hamburgisches Maßregelvollzugsgesetz – HmbMVollzG) die Befugnis der Klinik, Daten auch ohne Einwilligung des Betroffenen an die Strafvollstreckungskammer weiterzugeben. § 40 Abs. 2 Nr. 7 HmbMVollzG nennt als zu erhebende Daten ausdrücklich „Angaben über gegenwärtige und frühere Krankheiten, Körperschäden und Verhaltensauffälligkeiten der untergebrachten Person“. Gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 HmbMVollzG „dürfen die zuständigen Stellen Untersuchungsergebnisse und Diagnosen sowie Angaben über die Behandlung der untergebrachten Person, über sonstige ihr gegenüber getroffene Entscheidungen und Maßnahmen“ speichern. Das heißt, zu den erheb- und speicherbaren Daten gehören sowohl die

⁴³ Vgl. Schöch, in: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, 2003, S. 437 f. – Anlage 3; Grünebaum, Maßregelvollzug, 2009, S. 263 – Anlage 5; die in beiden Texten beispielhaft genannten Normen sind heute allerdings veraltet; kritisch dazu, weil dann eine landesrechtliche Offenbarungspflicht dem bundesrechtlichen Zeugnisverweigerungsrecht widersprechen würde: Waider, R & P 2006, S. 65 <69> m.w.N.

von der Klinik gestellte Diagnose (und damit wohl auch ihre Begründung) als auch die vom Betroffenen selbst erfragte Schilderung seiner eigenen Krankheiten. § 44 Abs. 1 Nr. 1 HmbMVollzG wiederum erlaubt die Übermittlung dieser Daten insbesondere zur Unterrichtung der Strafvollstreckungskammer. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass der Einwilligung des in einer psychiatrischen Klinik untergebrachten Insassen im Hamburger Maßregelvollzug noch besondere Bedeutung zukommt.

Das im Jahr 2015 neu ergangene hessische Maßregelvollzugsgesetz sieht in § 36 umfangreiche datenschutzrechtliche Regelungen – bei genauer Lektüre aber nunmehr auch eine Durchbrechung der Schweigepflicht – vor. Der dortige Verweis auf die §§ 60, 61 HStVollzG regelt das Bestehen der Schweigepflicht eindeutig. § 61 Abs. 2 HStVollzG bestimmt, dass gemäß § 203 StGB anvertraute Geheimnisse „auch“ (= sogar) gegenüber der Anstalt selbst der Schweigepflicht unterliegen und gegenüber der Anstaltsleitung nur aus bestimmten vollzuglichen Gründen sowie zur Gefahrenabwehr weitergegeben werden dürfen. Ergänzend regelt § 60 Abs. 6 HStVollzG, dass die Übermittlung der Daten bei bestehender Schweigepflicht unterbleibt. Für strafvollstreckungsrechtliche Entscheidungen ist die Datenübermittlung allerdings zulässig, § 60 Abs. 1 Nr. 2 HStVollzG. Gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 5 HMaßrvollzG dürfen Daten, die § 203 StGB unterliegen, nur übermittelt werden, soweit sie für den Zweck des Empfängers erforderlich sind, vgl. auch § 61 Abs. 5 HStVollzG. Über die Möglichkeit der Datenübermittlung ist der Betroffene gemäß § 61 Abs. 4 HStVollzG vorab aufzuklären. Danach geht nunmehr auch der hessische Gesetzgeber von der grundsätzlichen Geltung der Schweigepflicht im Maßregelvollzug aus und normiert deren Durchbrechung (unter anderem) für Entscheidungen über die Fortdauer, hält es allerdings zu Recht für erforderlich, dies dem Betroffenen bereits bei der Aufnahme zu offenbaren, damit dieser den beschränkten Geheimnis-

schutz bei seinem Verhalten gegenüber behandelnden Ärzten von vornherein berücksichtigen kann.

Diese Beispiele mögen andeuten, dass die – im liberalen Sinne gut gemeinte – Bekämpfung der Wirksamkeit einer Einwilligung auf rechtspolitischem Weg gesetzliche Regelungen provozieren kann, mit denen dem Einzelnen seine Entscheidung aus der Hand genommen wird.⁴⁴ Ähnliche Regelungen dürften sich auch in anderen Bundesländern alsbald (wieder) eher finden, wenn man – anders als oben – zu dem Ergebnis gelangen würde, man müsse Entbindungen von der Schweigepflicht generell als unwirksam ansehen.⁴⁵ Das Ergebnis wäre ein Autonomieverlust ohne materiellen Grundrechtsgewinn, begleitet von dem praktischen Problem, dass der über die Möglichkeit der Schweigepflichtdurchbrechung aufzuklärende Insasse einer Therapie infolge des zu befürchtenden Kontrollverlustes hinsichtlich der dem Therapeuten anvertrauten Informationen von vornherein eher verschlossen gegenüberstehen würde.

7. Fazit

Es ist aus rechtsstaatlicher Sicht zu begrüßen, wenn das Rechtsinstitut der Einwilligung kritisch hinterfragt wird und der normativen Kraft des Faktischen in der Folge differenzierte Überlegungen entgegengesetzt werden. Ein Unterlaufen gesetzlicher individualschützender Voraussetzungen einer Maßnahme ist jedenfalls dann bedenklich, wenn die autonome Entscheidung des Einzelnen nicht gewährleistet ist.

⁴⁴ Freilich können solche Regelungen auch aus anderen Gründen für sinnvoll erachtet werden, etwa weil man die Qualität der Sachaufklärung nicht von der Erteilung der Einwilligung des Betroffenen abhängig machen möchte.

⁴⁵ Das Argument dürfte lauten, dass die Strafvollstreckungskammern sonst ihren Aufgaben nicht hinreichend effektiv nachkommen können.

Bei einer verfassungsrechtlichen Betrachtung sollte allerdings auch nicht außer Betracht bleiben, dass der Respekt vor der autonomen Entscheidung des Einzelnen es gebietet, Beschränkungen seiner Einwilligungsfreiheit nicht voreilig anzunehmen. Andernfalls besteht die Gefahr paternalistischer Bevormundung. Auch rechtspolitisch kann es im Sinne sowohl des Individualschutzes als auch der Autonomie des Einzelnen – gegebenenfalls selbst bei Maßregelvollzugsinsassen – vernünftig sein, die Wirksamkeit von Einwilligungen nicht anzuzweifeln.

5. Der Prüfstein: Verfassungsrecht und Datenschutz

Thomas Petri

1. Einleitung

„Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 1 Abs. 1 GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“¹

Mit diesen Worten umschreibt das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Dieses Grundrecht ist nicht schrankenlos gewährleistet, sondern kann auf verfassungskonformer, gesetzlicher Grundlage eingeschränkt werden.

Ein Eingriff soll allerdings nicht vorliegen, wenn die betroffene Person wirksam in die Verarbeitung ihrer Daten eingewilligt hat.² Im Grundsatz gilt danach, dass eine verantwortliche Stelle personenbezogene Daten nur erheben, verarbeiten oder nutzen darf, wenn entweder eine

¹ BVerfGE 65, 1, 43, vielfach bestätigt, vgl. z.B. BVerfGE 103, 21, 33, BVerfGE 78, 77, 84.

² BVerfG(K) NVwZ 2007, 688, 690 m.w.N.

Einwilligung der betroffenen Person vorliegt oder eine gesetzliche Grundlage den Umgang mit personenbezogenen Daten legitimiert.³ Dabei unterliegt auch das deutsche Verfassungsrecht im Grundsatz dem Anwendungsvorrang der EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG. Im Anwendungsbereich dieser Richtlinie darf also auch das Verfassungsrecht nicht im Widerspruch zur Richtlinie stehen.⁴

Art 7 Buchstabe a) der Richtlinie 95/46/EG sieht vor, dass eine Verarbeitung personenbezogener Daten lediglich erfolgen darf, wenn die betroffene Person „ohne jeden Zweifel“ ihre Einwilligung gegeben hat. Nach Art. 2h ist unter Einwilligung „jede Willensbekundung“ zu verstehen, „die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden.“⁵

Sollen besondere Kategorien personenbezogener Daten verarbeitet werden, muss die betroffene Person gemäß Art. 8 Abs. 2a) ausdrücklich in die Verarbeitung dieser Daten eingewilligt haben.

Erläuternd sehen die Erwägungen zur Richtlinie vor, dass eine Verarbeitung personenbezogener Daten nur dann rechtmäßig sei, „wenn sie auf der Einwilligung der betroffenen Person beruht“ (Abs. 30).

Daten, die aufgrund ihrer Art geeignet sind, die Grundfreiheiten oder die Privatsphäre zu beeinträchtigen, dürften nicht ohne ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person verarbeitet werden.

³ Vgl. etwa BVerfGK 7, 276-279 (elektronische Gesundheitskarte).

⁴ Vgl. dazu Streinz in Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, § 4 EUV, Rn. 35 ff. auch mit Nachweisen aus der Rspr.

⁵ Zum Bedeutungsgehalt des Merkmals „ohne Zwang“ siehe aber die Ausführungen zur Freiwilligkeit.

Ausnahmen von diesem Verbot müssten „ausdrücklich vorgesehen werden bei spezifischen Notwendigkeiten, insbesondere wenn die Verarbeitung dieser Daten für gewisse auf das Gesundheitswesen bezogene Zwecke von Personen vorgenommen wird, die nach dem einzelstaatlichen Recht dem Berufsgeheimnis unterliegen, oder wenn die Verarbeitung für berechnigte Tätigkeiten bestimmter Vereinigungen oder Stiftungen vorgenommen wird, deren Ziel es ist, die Ausübung von Grundfreiheiten zu ermöglichen“ (Abs. 33).

Der Begriff der datenschutzrechtlichen Einwilligung wird hier weit verstanden und umfasst beispielsweise auch Schweigepflichtentbindungen. Mit diesem Bedeutungsgehalt hat sich das Bundesverfassungsgericht (nachfolgend: BVerfG) in rund 30 bis 40 Entscheidungen mit dem Thema befasst.

Knapp die Hälfte der Entscheidungen enthält werthaltige Feststellungen zum Datenschutzrecht. Der nachfolgende Überblick deckt deshalb nicht alle relevanten datenschutzrechtlichen Fragen um die Einwilligung ab, sondern beschränkt sich auf einige auch verfassungsrechtlich wesentliche Fragestellungen.

a) Einwilligende Person

Regelmäßig hat nur **die betroffene Person** das Recht zur Einwilligung. Eine datenschutzrechtliche Einwilligung nach § 4a BDSG ist nach allerdings streitiger Auffassung höchstpersönlich abzugeben.⁶

Für die Ausübung des Grundrechts auf Datenschutz ist die tatsächliche Einsichtsfähigkeit der betroffenen Person maßgeblich.⁷ Deshalb dürfen

⁶ Höchstpönliche Abgabe geboten: Simitis, BDSG, 8. Aufl. (i.Ersch.), § 4a Rn. 30, Weichert in Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 6, Vertretung möglich: Gola/Schomerus, BDSG, 11. Aufl. 2002, § 4a Rn. 25, Plath in Plath, BDSG, § 4a Rn. 9.

Betroffene selbst dann nicht übergangen werden, wenn sie minderjährig sind oder unter Betreuung stehen.⁸

Nur soweit die Einwilligungsfähigkeit fehlt, kann die Einwilligung der betroffenen minderjährigen Person durch die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter ersetzt werden.

Abgesehen von den Fällen der gesetzlichen Vertretung gibt es allerdings vor allem im bereichsspezifischen Recht auch weitere besondere Fallkonstellationen. Beispielhaft werde ich die Einwilligung mit Wirkung zulasten Dritter (1.a aa)) sowie die Einwilligung zur Verarbeitung von Daten Verstorbener (1.a bb)) behandeln.

aa) Einwilligung mit Wirkung zulasten Dritter?

Zur Verwertung von Beinahetreffern bei DNA-Reihenuntersuchungen

Auch wenn die Einwilligung im Strafverfahren Thema eines gesonderten Referats sein wird, möchte ich an dieser Stelle auf ein Fallbeispiel aus dem Strafverfahrensrecht näher eingehen. Das Strafverfahrensrecht sieht einige bereichsspezifische Regelungen vor, in denen die Strafverfolgungsbehörden auf Grundlage von Einwilligungen personenbezogene Daten erheben können. Das von mir gewählte Beispiel betrifft die Verwertbarkeit von sogenannten Beinahetreffern bei DNA-Reihenuntersuchungen nach § 81h StPO.

Der Bundesgerichtshof hat dazu mit Urteil vom 20.12.2012 sinngemäß entschieden, dass im Zusammenhang mit DNA-Reihenuntersuchungen

⁷ Vgl. dazu BVerfG NJW 1991, 2411 – Offenbarungspflichten eines Entmündigten bei Abschluss eines Wohnungsmietvertrages.

⁸ An bayerischen Schulen werden deshalb Einwilligungen von Minderjährigen und ihren Erziehungsberechtigten eingeholt.

die Verwertung von sogenannten Beinahetreffern künftig auf Grundlage des § 81h StPO nicht mehr zulässig ist⁹:

„Gemäß § 81h Abs. 1 StPO darf die Ermittlung von Identifizierungsmustern und ihr Abgleich mit dem des Spurenmaterials nur vorgenommen werden, soweit dies zur Feststellung erforderlich ist, ob das Spurenmaterial von den Teilnehmern des Reihengentests stammt. Die nach § 81 Abs. 3 Satz 1 StPO entsprechend geltende Vorschrift des § 81g Abs. 2 Satz 2 StPO verbietet es, darüber hinausgehende Untersuchungen vorzunehmen und weitergehende Feststellungen zu treffen.“

Forderungen¹⁰ nach Schaffung einer Rechtsgrundlage zur Verwertbarkeit von Beinahetreffern wurden im Koalitionsvertrag 2013 der Bundestagsparteien CDU, CSU und SPD aufgegriffen. Dort heißt es auf Seite 145:

„Zur Aufklärung von Sexual- und Gewaltverbrechen sollen bei Massengentests auch sogenannte Beinahetreffer verwertet werden können, wenn die Teilnehmer vorab über die Verwertbarkeit zulasten von Verwandten belehrt worden sind.“

Insbesondere in Bezug auf das Thema „Einwilligung“ werfen diese Pläne eine Reihe von verfassungsrechtlichen und datenschutzrechtlichen Fragen auf:

Der geltende § 81h Abs. 1 StPO sieht sinngemäß vor, dass eine DNA-Reihenuntersuchung nur an Personen durchgeführt werden kann, die bestimmte, auf den Täter vermutlich zutreffende Prüfungsmerkmale erfüllen und die hierzu ihre schriftliche Einwilligung erteilt haben.

⁹ BGH NJW 2013, 1827 ff. Das nachfolgende Zitat ist auf S. 1829 in Abs. 21 zu finden.

¹⁰ Vgl. z.B. 84. Justizministerkonferenz vom 12.–13.06.2013, Beschluss unter TOP II.6 „Behandlung von sog. Beinahetreffern“.

Auch wenn der Wortlaut des § 81h Abs. 1 StPO dies nicht ausdrücklich erwähnt, ist die **Freiwilligkeit** eine zentrale Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligungserklärung.¹¹ Sie wird allerdings von Teilen der Fachliteratur angezweifelt.¹² Die Einladung zu einer DNA-Reihenuntersuchung übe einen erheblichen sozialen Druck auf den Betroffenen aus, an der Untersuchung mit dem Ziel seiner Entlastung teilzunehmen. Die Maßnahme sei mithin auch im Hinblick auf die begründete Unschuldsvermutung rechtsstaatlich nicht unproblematisch.¹³

Soweit ersichtlich hat das Bundesverfassungsgericht unmittelbar zu § 81h StPO noch keine relevanten Feststellungen getroffen.

Zwar hat das Gericht in einer Kammerentscheidung festgestellt, dass zum damaligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis „grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken (bestehen), eine aufgrund einer Anordnung gem. § 81a StPO oder auf freiwilliger Basis erlangte Blutprobe eines Beschuldigten einer DNA-Analyse zu unterziehen, soweit dadurch keine Erbinformationen offengelegt werden“.¹⁴

Die Entscheidungssituation der einwilligenden Eingeladenen einer Reihenuntersuchung ist allerdings nicht ohne weiteres mit der Situation eines Beschuldigten nach § 81a StPO zu vergleichen.

Denn es ist ein erheblicher Unterschied, ob die betroffene Person ihre Einwilligung in dem Wissen erteilt, dass gegen sie ein konkreter Tat-

¹¹ BT-Drs. 15/5674, S. 13–14.

¹² Insbesondere von Sauter, DNA-Massentests in Strafverfahren, 2003, 195 ff.

¹³ Vgl. Nachweise bei Saliger & Ademi, JuS 2008, S. 193 ff., die selbst im Ergebnis von der Verfassungskonformität des § 81h StPO ausgehen. Dieser Einschätzung schließe ich mich an.

¹⁴ BVerfG, NJW 1996, 771 f.

verdacht besteht oder ob eine nichtverdächtige Person mit der Aufforderung zur Teilnahme an einer Untersuchung konfrontiert wird.

Die Freiwilligkeit einer Einwilligung hängt weiterhin maßgeblich davon ab, ob die Teilnahmeverweigerung tatverdachtsneutral ist oder gegebenenfalls einen konkreten Tatverdacht gegen die betroffene Person auslöst.

Schon aus dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ergibt sich, dass die Teilnahmeverweigerung nicht allein als verdachtsbegründendes Kriterium verwendet werden darf.¹⁵

Die Freiwilligkeit soll unter anderem durch eine qualifizierte **schriftliche Belehrung** nach Maßgabe des § 81h Abs. 4 StPO sichergestellt werden:

„Eine entsprechende Belehrung stellt ferner sicher, dass sich die zur Teilnahme an einem Reihengentest aufgeforderten Personen bewusst für eine freiwillige Mitwirkung entscheiden können.¹⁶... Damit ist soweit wie möglich sichergestellt, dass die Mitwirkung am Reihengentest auf einer freien Entscheidung der betroffenen Personen beruht und diese nicht lediglich einem etwaigen psychischen Druck nachgeben.“¹⁷

Ein solcher Zweck wird freilich nur erreicht, wenn die Belehrung – neben den ausdrücklich aufgeführten Angaben nach Abs. 4 Satz 2 –

¹⁵ BVerfG NJW 1996, S. 3071, 3072; BVerfG NJW 1996, S. 1587, 1588; BGH NStZ 2004, S. 392, 393; LG Mannheim, NStZ-RR 2004, 301, LG Regensburg StraFo 2003, 131.

¹⁶ BT-Drs. 15/5674, S. 13, rechte Spalte.

¹⁷ BT-Drs. 15/5674, S. 14, rechte Spalte.

auch über die Freiwilligkeit der Teilnahme am Test aufklärt und zugleich den Zweck der Maßnahme erläutert.¹⁸

Geht man wohl zutreffend von der Verfassungskonformität des gegenwärtig geltenden § 81h StPO aus, wird es in der **Vollzugspraxis** darauf ankommen, dass die Ermittlungsbehörden insbesondere die beschriebenen Vorgaben des § 81h StPO nicht umgehen, indem sie unmittelbar oder mittelbar Druck auf die eingeladenen Personen ausüben, um sie zu einer Teilnahme an der DNA-Reihenuntersuchung zu bewegen.¹⁹

Die bisher veröffentlichten Überlegungen zur Verwertung von Beinahetreffern beschränken sich darauf, eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 81h StPO einschließlich der Belehrungspflicht vorzusehen.²⁰

Eine Belehrung der Teilnehmer, was mit dem abgegebenen Genmaterial geschieht, dürfte unstrittig verfassungsrechtlich geboten sein.²¹

Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 81h StPO hätte jedoch erhebliche Auswirkungen auf die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme insgesamt und insbesondere auf die Freiwilligkeit der Einwilligung. Unter anderem bestehen folgende grundsätzliche Bedenken:

- Die **Zielrichtung der Ermittlungsmethode** wird verändert. Bislang betrifft die DNA-Reihenuntersuchung nur Personen, die Prü-

¹⁸ So ausdrücklich Senge in Karlsruher Kommentar, StPO, 6. Aufl. 2008, § 81h Rn. 9.

¹⁹ Vgl. LG Regensburg, StraFo 2003, S. 131 ff. sowie allgemein zu den Anforderungen an die Freiwilligkeit bereits BT-Drs. 13/667, S. 5.

²⁰ Vgl. insbesondere Koalitionsvertrag 2013, S. 145.

²¹ Vgl. z.B. Müller, Beck-Blog vom 21.12.2012.

fungsmerkmale erfüllen, die vermutlich auch auf den Täter zutreffen, vgl. § 81h Abs. 1 StPO.

De lege lata knüpft der Reihengentest folglich an konkrete Erkenntnisse aus dem Ermittlungsverfahren an, die eine – wenn auch freiwillige – Inanspruchnahme der betroffenen Person rechtfertigen.

Der eingeladene Teilnehmer weist tatsächliche Bezugspunkte zur Straftat auf, auch wenn er noch nicht die Schwelle zum konkreten Tatverdächtigen überschritten hat.

Bei der Verwertung von Beinahetreffern entfällt dieses Erfordernis eines tatsächlichen Bezugspunktes zur Tat für die genetisch Verwandten des Teilnehmers. Mit anderen Worten würden die Strafverfolgungsbehörden ganz überwiegend **Unbeteiligte ohne unmittelbaren oder mittelbaren Tatbezug** in die Ermittlungen einbeziehen.

Dies unterscheidet die Verwertung von Beinahetreffern auch von anderen eingriffsintensiven Massenüberwachungsmaßnahmen wie etwa die Rasterfahndung.

- Unter dem Gesichtspunkt der **Verhältnismäßigkeit** ist zu berücksichtigen, dass die Verwertung von Beinahetreffern jedenfalls typischerweise zu einer erheblichen **Ausweitung der Betroffenzahl** führen dürfte.

Im datenschutzrechtlichen Sinne unmittelbar betroffen wären zwar nur Personen, die eine große Übereinstimmung mit einem konkreten „Beinahetreffer“ aufweisen.

Bei einer objektiven Gesamtbetrachtung müssten künftig jedoch alle Personen mit einer Einbeziehung rechnen, deren Verwandte an der DNA-Reihenuntersuchung teilnehmen.

Dies würde zu den Einschüchterungseffekten führen, die bereits das Volkszählungsurteil beschrieben hat.²²

Um den Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung zu tragen müsste der Gesetzgeber also konkrete Grenzen des Übereinstimmungsgrads zwischen Beinahetreffer und Spurenmaterial festlegen.

Andernfalls droht der Reihengentest von einer Maßnahme der Massenüberwachung zu einer Maßnahme der Bevölkerungsüberwachung zu werden.

- Die aufgezeigten Probleme der Verhältnismäßigkeit würden auch nicht beseitigt werden, falls eine künftige Befugnisnorm die **Beherrschung der eingeladenen Teilnehmer** nach § 81h Abs. 4 StPO auf den Umstand ausweitet, dass die abgegebenen Proben „zulasten von Verwandten“ verwertet werden können.

Nach der gegenwärtigen Gesetzeslage müssen die Eingeladenen lediglich beurteilen, ob sie am Reihengentest teilnehmen und sich hierdurch potentiell entlasten wollen oder ob sie die Teilnahme verweigern und damit das Risiko weiterer gegen sie persönlich gerichteter Ermittlungsmaßnahmen in Kauf nehmen.

Dieses Risiko ist nach der bereits dargestellten Rechtsprechung begrenzt. Bei einer Einbeziehung von Beinahetreffern würde die Abwägungslage jedoch erheblich komplizierter werden. Denn die Betroffenen würden sich dann vor dem Zwiespalt sehen, dass sie

²² Vgl. BVerfGE 65, S. 1, 43, die Relevanz der objektiven Bedeutung von informationellen Grundrechten hat das Bundesverfassungsgericht in verschiedenen Entscheidungen zu Massendatenverarbeitungen hervorgehoben, z.B. in BVerfGE 115, S. 320 ff. – Rasterfahndung, BVerfGE 120, 378 – Kfz-Kennzeichenabgleich.

durch ihre Teilnahme Verwandte, möglicherweise sogar enge Verwandte im Sinne des § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO belasten können.

In diesem Zusammenhang ist weiterhin darauf hinzuweisen, dass das **Zeugnisverweigerungsrecht** nach § 52 Abs. 1 StPO im Grundsatz lediglich Situationen betrifft, in denen es um konkrete Beschuldigte geht.²³

Die Regelung zu Beinahetreffern würde aber nicht eine bestimmte Person, sondern alle Verwandte erfassen, die eine hohe genetische Übereinstimmung mit dem Teilnehmer aufweisen.

- Unter Umständen weiß der Teilnehmer nicht, mit welchen Verwandten eine risikoträchtigt hohe genetische Übereinstimmung besteht.

Es bleibt festzuhalten, dass die ins Auge gefasste Erweiterung des § 81h StPO auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken stößt.

bb) Verstorbene

Postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts folgt nicht aus Art. 2 Abs. 1 GG, sondern lediglich aus dem Menschenwürdesatz.²⁴

Geschützt sind zum einen der allgemeine Achtungsanspruch, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht, zum anderen der sittliche, personale und soziale Geltungswert, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat.

²³ Vgl. dazu Senge in Karlsruher Kommentar, StPO, 6. Aufl. 2008, § 52 Rn. 5 m. w. N.

²⁴ BVerfGK 9, 92 ff., Abs. 21 unter Berufung auf BVerfGE 30, 173, 194.

Außerhalb des allgemeinen Achtungsanspruchs lässt das Bundesverfassungsgericht offenbar die Einwilligung der für die Totenfürsorge zuständigen Person als Legitimationsgrundlage nur zu, soweit sie dem mutmaßlichen Willen der verstorbenen Person entspricht.²⁵

2. Zur Erklärung der Einwilligung

Wie auch die allgemeinen landesdatenschutzrechtlichen Regelungen²⁶ verlangt § 4a Abs. 1 BDSG, dass eine datenschutzrechtliche Einwilligung nur wirksam ist, wenn sie regelmäßig **ausdrücklich und schriftlich** erteilt wurde.

Was das Erfordernis einer ausdrücklichen Erklärung anbelangt, genügt eine **mutmaßliche Einwilligung** im Anwendungsbereich der allgemeinen Datenschutzgesetze nicht.²⁷

Dies folgt auch aus Art. 7a) der EG-Datenschutzrichtlinie, die verlangt, dass die betroffene Person ihre Einwilligung „ohne jeden Zweifel“ gegeben haben muss.

Die Rechtfertigung einer Datenverarbeitung durch **eine konkludente Einwilligung** schließt das BVerfG allerdings nicht ausdrücklich aus.

In den bisherigen Entscheidungen hat es jedoch strenge Anforderungen festgestellt, wie die beiden folgenden Entscheidungen veranschaulichen:

- Im Zusammenhang mit der **Videoüberwachung öffentlicher Plätze** hat das Gericht darauf hingewiesen, dass

²⁵ BVerfGK 9, 92 ff., Abs. 22–23, 26.

²⁶ Z.B. Art. 15 Abs. 3 BayDSG.

²⁷ Siehe nur Plath in Plath, BDSG, 2013, § 4a Rn. 19.

„von einer einen Eingriff ausschließenden Einwilligung in die Informationserhebung ... selbst dann nicht generell ausgegangen werden (kann), wenn die Betroffenen auf Grund einer entsprechenden Beschilderung wissen, dass sie gefilmt werden.“²⁸

Das BVerfG nimmt Bezug auf die fachgerichtliche Rechtsprechung. So hat der Verwaltungsgerichtshof Mannheim in einer Entscheidung zur Videoüberwachung öffentlicher Plätze festgehalten:

„Denn ein solcher Verzicht wäre jedenfalls nur wirksam, wenn sich ein unzweideutiger Wille des Betroffenen zum Grundrechtsverzicht sowie die hierfür erforderliche Freiwilligkeit – auch im Hinblick auf die Möglichkeit der Speicherung – feststellen ließe.“²⁹

Das sei aber nicht generell anzunehmen.

- Zum Abhören eines **Dienstgesprächs durch Arbeitgeber** hat das BVerfG festgehalten:

„Der grundrechtliche Schutz des gesprochenen Wortes kann nicht durch die bloße Kenntnis von einer Mithörmöglichkeit beseitigt werden. Die Benutzung eines Diensttelefons allein rechtfertigt daher nicht den Schluss, damit sei dem Sprechenden eine Erweiterung des Adressatenkreises gerade um den Arbeitgeber oder dessen Vertreter gleichgültig.“³⁰

Das BVerfG weist darauf hin, dass die bloße Kenntnis von einer Mithörmöglichkeit nicht die Frage nach der Einschränkung des

²⁸ BVerfG(K) NVwZ 2007, 688, 690, siehe auch VGH Mannheim, NVwZ 2004, 498, 500.

²⁹ VGH Mannheim, NVwZ 2004, 498, 500. Zur verfassungsrechtlichen Problematik des Grundrechtsverzichts siehe Beitrag von Alexander Kolz.

³⁰ BVerfG(K) NJW 1992, 815.

Grundrechtsschutzes, sondern nach der Zulässigkeit des Eingriffs in das Grundrecht aufwerfe.³¹

Der Wortlaut der Richtlinie 95/46/EG sieht nicht zwingend eine Schriftform vor, legt aber ein **grundsätzliches Schriftformerfordernis** zumindest nahe.³²

Normativer Ansatzpunkt ist § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG, wonach die Einwilligung der Schriftform bedarf, „soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist.“

Abzulehnen ist dabei die Auffassung, wonach das Absehen von der Schriftform als der Regelfall anzusehen sei.³³ Sie ist schon mit dem Wortlaut des § 4a BDSG schwerlich in Einklang zu bringen und unterläuft die Warnfunktion des Schriftformerfordernisses.

Die Überlegung, dass im elektronischen Geschäftsverkehr ein Festhalten an dem Schriftformerfordernis regelmäßig zu Medienbrüchen führen würde, trifft zwar zu. Allein rechtfertigt dieser Umstand nicht ein Abweichen vom Schriftformerfordernis,³⁴ insbesondere dann nicht, wenn die verantwortliche Stelle der betroffenen Person ein bestimmtes Kommunikationsmedium aufdrängt.

Eine Vielzahl von streitigen Rechtsfragen wird im Zusammenhang mit der Verwendung von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** aufgeworfen. Insoweit möchte ich nicht dem nachfolgenden Referat zum AGB-Recht vorgreifen.

³¹ BVerfG(K) NJW 1992, 815.

³² Vgl. Ehmann in Ehmann/Helfrich, EG-Datenschutzrichtlinie, 1999, Art. 7 Rn. 8.

³³ So aber Plath in Plath, BDSG, 2013, § 4a Rn. 9.

³⁴ Hiervon unberührt ist die Möglichkeit einer elektronisch erteilten Einwilligung nach Maßgabe der § 126 Abs. 3, § 126a BGB.

3. Freie Entscheidung

Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG ist die datenschutzrechtliche Einwilligung nur wirksam, wenn sie auf der **freien Entscheidung** der betroffenen Person beruht.

Dies entspricht den Vorgaben des Art. 2h der Richtlinie 95/46/EG. Soweit die deutsche Fassung des Art. 2h eine „ohne Zwang“ abgegebene Erklärung verlangt, scheint eine redaktionelle Ungenauigkeit vorzuliegen.

Andere sprachliche Fassungen des Art. 2h entsprechen ihrem Wortlaut nach eher dem Wortlaut des § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG (vgl. z.B. englische Fassung: „freely given“, französische Fassung: „manifestation libre“).

Unklar ist allerdings, was unter einer „freien Entscheidung“ konkret zu verstehen ist. Nach der Rechtsprechung des BGH kann es an der Möglichkeit zu einer freien Entscheidung beispielsweise dann fehlen, wenn die Einwilligung in einer „Situation wirtschaftlicher oder sozialer Schwäche oder Unterordnung“ erteilt wird.³⁵

Klassisches Beispiel für die Ausnutzung einer solchen Unterlegenheit des betroffenen Verbrauchers durch verantwortliche Stellen war die sogenannte Schufa-Klausel.

Vereinfacht ausgedrückt ermächtigte sie die Kreditinstitute zur Übermittlung von personenbezogenen Daten an die Schufa, wobei diese Datenweitergabe gerade nicht zur Vertragsabwicklung mit den betroffenen Bankkunden erforderlich war.

³⁵ BGH NJW 2008, 3055, 3056 – Abs. 21 (Payback).

Nahezu alle Kreditinstitute machten Kontoeröffnungen oder die Darlehensvergabe von der Unterzeichnung der Schufa-Klausel abhängig.

Daher blieb Verbrauchern rein tatsächlich keine Wahl: Um am Geschäftsverkehr teilzunehmen, mussten sie insbesondere bei der Eröffnung von Konten unterzeichnen.

Von einer Freiwilligkeit konnte deshalb keine Rede sein. Der Bundesgesetzgeber hat dieses Problem teilweise gelöst, indem er im Jahr 2009 mit § 28a BDSG eine Erlaubnisvorschrift für die Übermittlung von Daten an Auskunftsteien geschaffen hat.³⁶

Das vorgestellte Beispiel der Schufa-Erklärung steht für eine Vielzahl anderer Einwilligungserklärungen, mit denen verantwortliche Stellen den gesetzlich gezogenen Rahmen für die Verarbeitung erheblich ausweiten.

Bedenklich ist dies dann, wenn die Freiwilligkeit nicht gewährleistet, sondern lediglich unterstellt wird.

Diese Gefahr besteht im Verhältnis von Unternehmen zu Verbrauchern, aber auch im Verhältnis von Behörden zu Bürgern. Insbesondere im Bereich der Eingriffsverwaltung kann der extensive Gebrauch von Einwilligungen eine Umgehung des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts bedeuten.

Die Freiwilligkeit ist weiterhin im Zusammenhang mit der Erfüllung von gesetzlichen Mitwirkungspflichten bzw. von vertragsrechtlichen Obliegenheiten besonders zu prüfen.

³⁶ Gesetz vom 29.07.2009, BGBl. I S. 2264.

a) Gesetzliche Mitwirkungspflichten

Einige gesetzlich vorgesehene Mitwirkungspflichten verpflichten betroffene Personen dazu, in sie betreffende Begutachtungen einzuwilligen. Wird die Einwilligung verweigert, sehen die Vorschriften verschiedene Arten von Rechtsfolgen vor. Zwei Beispiele dazu:

- § 1598a Abs. 1 BGB sieht **einen Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung eines Kindes** vor.

Wird der Anspruch nicht befriedigt, kann der Klärungsberechtigte die Einwilligung familiengerichtlich ersetzen lassen, § 1598a Abs. 2 BGB, §§ 169 ff. FamFG. Diese Einwilligung ist die nach § 182, § 183 BGB vorherige formfreie Zustimmung.

Die Anforderungen des § 4a BDSG finden nach der zivilrechtlichen Literatur keine Anwendung.³⁷

Nach herrschender Meinung müssen die Betroffenen in die genetische Untersuchung und in die Probeentnahme einwilligen, ohne dass sie für die Erteilung der Einwilligungen einen Entscheidungsspielraum hätten.³⁸

³⁷ Brudermüller in Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1598a Rn. 4. Diese Auffassung steht im Einklang mit dem gesetzgeberischen Ziel, den Klärungsanspruch „bewusst niederschwellig“ auszugestalten und an „keine besonderen Voraussetzungen“ zu binden, vgl. BT-Drs. 16/6561, S. 12.

³⁸ Brudermüller in Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1598a Rn. 8, Wellenhofer NJW 2008, 1186.

§ 1598a BGB bildet damit ein – notwendiges – Gegengewicht dazu, dass heimliche Vaterschaftstests von Verfassungen wegen unzulässig sind.³⁹

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ergibt allerdings ein Einwilligungserfordernis kaum einen Sinn, wenn es für die Betroffenen keine echten Entscheidungsspielräume eröffnet.⁴⁰

- Im Sozialrecht erhalten die **Sozialleistungsträger** unter den Voraussetzungen des § 66 SGB I die Möglichkeit, Leistungen wegen fehlender Mitwirkung zu versagen oder zu entziehen.

Das BVerfG hat dazu festgestellt, dass in Verfahren bezüglich Leistungen nach dem SGB 2 nicht „abweichend von der gesetzlichen Beweislastverteilung zugunsten des Antragstellers entschieden werden (muss), wenn an dessen Hilfsbedürftigkeit Zweifel bestehen und dieser mangels ausreichender Mitwirkung die Sachverhaltsaufklärung verhindert.“⁴¹

Diese Feststellung ist durchaus nachvollziehbar. Allerdings führt sie teilweise dazu, dass im Vollzug des Sozialgesetzbuchs Mitwirkungspflichten de lege lata „geschaffen“ werden, die gesetzlich nicht vorgesehen sind.

Nach Entscheidungen einiger Sozialgerichte soll ein Antragsteller von Sozialleistungen beispielsweise verpflichtet sein, einen „berechtigten“ **unangemeldeten Hausbesuch** zu dulden. Falls der Hausbesuch verweigert werde, könne die Behörde ohne weitere

³⁹ Vgl. BVerfGE 117, 202 ff.

⁴⁰ Ähnlich wohl Balthasar, FamRZ 2007, 449.

⁴¹ BVerfG(K), B.v. 01.02.2010 – 1 BvR 20/10.

Ermittlungen von dem für den Antragsteller ungünstigsten Ergebnis ausgehen.⁴²

Dass Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnungen im Sozialgesetzbuch nicht vorgesehen sind, ficht diese Gerichte nicht an: Nach § 21 SGB 10 hätten die Leistungsträger nach dem Amtsermittlungsgrundsatz zu ermitteln. § 21 Abs. 1 Nr. 4 SGB 10 legitimiere die Behörde insbesondere dazu, den Augenschein einzunehmen. Überdies läge kein Grundrechtseingriff vor, da die Duldung des Hausbesuchs nicht erzwingbar sei.⁴³

Diese Auffassung verkennt jedoch, dass die Mitwirkungspflichten des Antragstellers nach §§ 60 ff. SGB 1 und nach § 21 Abs. 2 SGB 10 gerade nicht die Duldung von Hausbesuchen umfassen.

Ein Sozialleistungsträger kann deshalb die Angaben eines Leistungsempfängers zu seinen Wohnverhältnissen durch Inaugenscheinnahme der Wohnung allenfalls auf Grundlage einer wirksamen Einwilligung überprüfen, wenn berechtigte Zweifel an der Richtigkeit gemachter Angaben bestehen und dem Leistungsempfänger diese Zweifel auch kundgetan wurden.⁴⁴ Falls der Antragsteller den Hausbesuch verweigert, dass der Sozialleistungsträger dies bei seiner Entscheidung über den Antrag nicht im Rahmen seiner Beweiswürdigung negativ berücksichtigen.⁴⁵

⁴² So ausdrücklich SG Karlsruhe, Urteil v. 17.06.2010 – S 13 AS 4100/08 (juris).

⁴³ SG Karlsruhe a.a.O., Abs. 20 m.w.N.

⁴⁴ Vgl. SG Koblenz vom 30.05.2007 – S 2 AS 595/06.

⁴⁵ So zutreffend LSG Sachsen-Anhalt, NZS 2006, 262, 265; ähnlich SG Freiburg, Beschluss v. 28.02.2006 – S 9 AS 889/06.

b) Vertragliche Obliegenheiten

Im Zusammenhang mit vertraglichen Obliegenheiten hat sich das BVerfG insbesondere mit der **versicherungsvertraglichen Obliegenheit zur Schweigepflichtentbindung** befasst.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 stellte das Gericht klar, dass eine solche versicherungsrechtliche Obliegenheit die Möglichkeit informationellen Selbstschutzes bieten müsse.

Er sei nur gewährleistet, wenn dem Versicherungsnehmer Alternativen zur Abgabe der Schweigepflichtentbindung angeboten würden.⁴⁶

Diese Lösung berücksichtigt das erhebliche Ungleichgewicht zwischen der Versicherung und der betroffenen Person. Sie ist in einer späteren Kammerentscheidung weiter konkretisiert worden.⁴⁷

4. Informierte Einwilligung

Einwilligungen müssen nach § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG informiert erfolgen.

Die Informationspflicht der verantwortlichen Stelle ist eine zentrale Wirksamkeitsvoraussetzung. Der Betroffene muss anhand der ihm vorliegenden Informationen abschätzen können, welche Auswirkungen die Erteilung einer Einwilligung für ihn hat.

Das Prinzip der informierten Einwilligung ist zugleich eine Ausprägung des allgemeinen Transparenzgebots.⁴⁸ Da das Transparenzfor-

⁴⁶ BVerfG(K) MMR 2007, 93.

⁴⁷ BVerfG(K) NJW 2013, 3086.

dernis zugleich ein zentrales Prinzip des Verbraucherschutzes darstellt, möchte ich hier auf das nachfolgende Referat verweisen.

5. Notwendigkeit verfahrensrechtlicher Schutzvorkehrungen

Abschließend ist klarzustellen, dass die Einwilligung der betroffenen Person die verantwortliche Stelle nicht davon entbindet, notwendige verfahrensrechtliche Vorkehrungen zum Schutz des Persönlichkeitsrechts zu treffen.

Das unterstreicht eine Entscheidung aus dem Jahr 2005⁴⁹: Auf Grundlage von schriftlich erteilten Einwilligungen führte die Bundeswehr an einem Standortsanitätszentrum Tests auf Rauschmittelrückstände im Urin durch.

Wie seine Kameraden nahm der Beschwerdeführer an der Untersuchung teil und gab Urin in einen Probebecher ab.

Etwa drei Monate später ging der schriftliche Befundbericht bei dem Standsanitätszentrum ein. Obwohl ein späterer Test negative Ergebnisse brachte, wurde in der G-Karte des Beschwerdeführers eingetragen, ihm seien durch einen positiven Drogentest Opiate nachgewiesen worden.

Das BVerfG gab der Verfassungsbeschwerde statt, ohne sich lange bei der Frage nach der Eingriffsgrundlage aufzuhalten.

Die Erhebung und Verwendung sei nur verhältnismäßig, wenn eine ausreichende Richtigkeitsgewähr gegeben sei.

⁴⁸ Vgl. im Einzelnen Tinnefeld/Buchner/Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2012, S. 356 ff.

⁴⁹ BVerfG(K) NVwZ 2005, 571.

Zu den verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen könnten Maßnahmen zur Überprüfung des Wahrheitsgehalts eines Datums wie z.B. A- und B-Proben bei Urintests ebenso gehören wie Anhörungs- und Beteiligungsrechte der betroffenen Person. Sie müsse die Chance erhalten, etwaige Fehlinformationen richtig zu stellen.

6. Fazit

Ein Kernproblem der datenschutzrechtlichen Einwilligung geht insbesondere mit der standardisierten Einholung von Einwilligung einher.

Datenverarbeiter können mithilfe weitreichender Einwilligungen die gesetzlich zugelassenen Verarbeitungstatbestände erheblich ausdehnen. Wird dabei das Freiwilligkeitserfordernis zulasten der Betroffenen großzügig ausgelegt, kann die Einholung von Einwilligungen die Schutzfunktion begrenzender Tatbestände aushöhlen.⁵⁰ Deshalb sollte die Voraussetzung der Freiwilligkeit de lege ferenda stärker konturiert werden.

Erste Ansätze finden sich in dem Entwurf einer Datenschutz-Grundverordnung.⁵¹

⁵⁰ Vgl. Tinnefeld/Buchner/Petri, Einführung in das Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2012, S. 346 ff.

⁵¹ Siehe Entwurf einer Datenschutz-Grundverordnung – KOM 2012 (0011) endg. Art. 4 Abs. 8 sowie Art. 7.

6. Die Einwilligung im Strafverfahren

Frank Saliger

1. Das Problem

Die Einwilligung im Strafverfahren gehört zu den schwierigsten und verworrensten Kapiteln der Einwilligungsdogmatik. So findet sich im Strafverfahrensrecht einerseits seit jeher verbreitet eine Form der Einwilligung, die den Betroffenen vor die Wahl zwischen zwei Übeln stellt und ihm als sogenannte eingriffsmildernde Einwilligung die Wahl des geringeren Übels ermöglicht.¹ Das ist etwa der Fall bei der freiwilligen Herausgabe eines beweisgeeigneten Gegenstandes zur Vermeidung einer Hausdurchsuchung und Beschlagnahme gemäß § 94 Abs. 2 StPO, bei der Einwilligung des Unverdächtigen in die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen zur Abkürzung der bis zu 12 Stunden zulässigen Freiheitsentziehung zur Identitätsfeststellung gemäß § 163b Abs. 2 i.V.m. § 163c Abs. 2 StPO oder der Zustimmung des Beschuldigten zur Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 153a StPO durch Zahlung eines Geldbetrages zur Vermeidung der Durchführung einer Hauptverhandlung. Alle diese Vorschriften mildern einen staatlichen Zwangseingriff bzw. machen ihn entbehrlich, wenn der Betroffene einwilligt.

Andererseits ist bei *Roxin* zu dieser Form der Einwilligung zu lesen, dass sie „nach allgemeinen Grundsätzen nicht als freiwillig und als wirksam angesehen werden“ dürfte; „vielmehr liegt ein Nötigungsdruck vor, der eine autonome Entscheidung ausschließt“. *Roxin* ist daher der Auffassung, „dass es sich trotz der Terminologie des Gesetzes nicht um eine eigentliche Einwilligung, sondern um ein Einwilli-

¹ Begriff von Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 105 ff.; ders., ZStW 95 (1983), 1 (14 f.); ders., StV 1985, 257 (262).

gungssurrogat handelt, das in die Abwägung über den Ausschluss der Rechtswidrigkeit einzubeziehen ist“.²

Roxin bringt mit dieser Kritik die Freiwilligkeitsproblematik auf den Punkt, die gewiss die zentrale Problematik der Einwilligung im Strafverfahren markiert.³ Diese Problematik verschärft sich noch, wenn man bedenkt, dass die Strafrechtswissenschaft sogar Einwilligungen des Beschuldigten anerkennt, die Eingriffsmaßnahmen rechtfertigen, welche mit der gesetzlichen Vorschrift an sich nicht zu vereinbaren sind. Ein Beispiel für solche normbereichsüberschreitenden Einwilligungen bildet § 81a StPO. Dort wird von der herrschenden Auffassung gebilligt, dass etwa die Einwilligung des Beschuldigten Maßnahmen rechtfertigt, die mangels Erreichbarkeit eines Anordnungsbefugten (Richter, bei Gefahr im Verzug, Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen) nicht angeordnet oder mangels Verfügbarkeit eines Durchführungsbefugten (Arzt) nicht durchgeführt werden könnten wie die Einwilligung in eine Blutprobe durch die Krankenschwester.⁴

Schließlich ist zu beachten, dass der moderne Gesetzgeber im Strafverfahrensrecht trotz dieser Problematik vermehrt auf die Einwilligung als Legitimationsgrundlage für – bei ihrer Einführung – umstrittene strafprozessuale Instrumente zurückgreift. Als Beispiele aus den letzten Jahren seien nur genannt die Einwilligung in die DNA-Identitätsfeststellung gemäß § 81g Abs. 3 StPO, die Einwilligung in die DNA-Reihenuntersuchung gemäß § 81h Abs. 1, 4 StPO oder die Zustimmung des Angeklagten zur Verständigung gemäß § 257c Abs. 3 S. 4 StPO.

² Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn 30 in Bezug auf die Einwilligung des Sexualdelinquenten in eine Kastration nach dem KastrG.

³ Vgl. auch Amelung, StV 1985, 257 (261 ff.).

⁴ Stellvertretend SK-StPO/Rogall, Bd. I, 4. Aufl. 2013, § 81a Rn 15 f.; LR/Krause, StPO, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 81a Rn 12.

Diese Ubiquität der Einwilligung im Strafverfahrensrecht steht im Gegensatz zu der Beobachtung, dass neben ihrer Grundproblematik zahlreiche weitere Fragen ungeklärt sind. Wie hängt der Begriff der Einwilligung mit der Freiwilligkeit und weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen zusammen? Welche Anforderungen sind an eingriffsmildernde und normbereichsüberschreitende Einwilligungen zu stellen? Wie sieht es mit einer Belehrungspflicht aus? Und: Wo liegen die Grenzen?

Der nachfolgende Beitrag sucht kursorisch nach Antworten auf die Mehrzahl dieser Fragen. Dazu klärt er zunächst den Begriff der strafprozessualen Einwilligung, korrigiert Missverständnisse und nimmt Präzisierungen vor (unten 2.). Anschließend werden die Funktionen der Einwilligung im Strafverfahrensrecht untersucht und ihre Probleme angerissen (unten 3.).

2. Begriffe, Missverständnisse und Präzisierungen

a) Begriffliches

Die Einwilligung lässt sich allgemein begrifflich bestimmen als die widerrufliche Zustimmung des Rechtsgutsinhabers zu einer Rechtsverletzung durch den Einwilligungsadressaten.⁵ Bei der Einwilligung im Strafverfahrensrecht geht es genauer um die widerrufliche Zustimmung des Rechtsgutsinhabers (Beschuldigten, Betroffenen) zu der Vornahme eines staatlichen Eingriffs durch Strafverfolgungsorgane. Die (wirksame) Einwilligung schließt im Strafrecht nach herrschender Meinung erst die Rechtswidrigkeit des Handelns der rechtsverletzenden Person aus, während eine verbreitete Minderansicht

⁵ Vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, § 14 S. 95 f.; Amelung (Fn. 1), S. 13; ders., StV 1985, 257 (258).

bereits den Tatbestand verneinen will.⁶ Im Strafverfahrensrecht ist diese Debatte bedeutungslos, weil es hier nicht um die strafsystematische Rechtsfolge Tatbestandslosigkeit oder Rechtmäßigkeit geht, sondern allein um die Zulässigkeit bzw. Rechtmäßigkeit eines staatlichen Eingriffs und unstrittig ist, dass die wirksame Einwilligung des Betroffenen einen staatlichen Eingriff zulässig machen kann.⁷

Hervorhebung verdient des Weiteren, dass das bloße Geschehenlassen oder passive Dulden der Tat seit jeher für eine Einwilligungserklärung nicht genügt.⁸ Mit Recht hat deshalb die Rechtsprechung zu § 81a StPO in dem bloßen kooperativen Verhalten und Dulden einer Blutentnahme noch keine wirksame Einwilligung gesehen.⁹ Um die Einwilligung im Strafverfahren von der schieren Nichtausübung von Grundrechten abzugrenzen, setzt die Einwilligung eine eindeutige positive (auch konkludente) Willensbekundung des Rechtsgutsinhabers voraus, sein Rechtsgut dem staatlichen Zugriff preiszugeben.¹⁰ Die bloße Hinnahme des Eingriffs reicht dafür nicht.¹¹

Mit diesem Begriffsverständnis ist gesetzt, dass für den Begriff der Einwilligung streng zwischen dem Tatbestand der Willensbekundung und den Wirksamkeitsvoraussetzungen der Willensbekundung (Dispositionsbefugnis, Einwilligungsfähigkeit, Freiwilligkeit etc.) zu unterscheiden ist. Der Begriff der Einwilligung erschöpft sich in der Fest-

⁶ Stellvertretend für die h.M. Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 32 ff. Rn 29 ff.; für die Minderansicht statt aller Roxin (Fn. 2), § 13 Rn 12 ff.

⁷ Vgl. Amelung, StV 1985, 257 (263).

⁸ Pars pro toto etwa Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 5. Aufl. 1895, § 38 S. 267; Welzel (Fn. 5), § 14 S. 95.

⁹ OLG Bamberg NJW 2009, 2146; OLG Hamm Beschl. v. 28.04.2009 – 2 Ss 117/09. Ebenso etwa LR/Krause (Fn. 4), § 81a Rn 13.

¹⁰ Amelung (Fn. 1), S. 97; ders., StV 1985, 257 (258).

¹¹ OLG Bamberg NJW 2009, 2146; OLG Hamm Beschl. v. 28.04.2009 – 2 Ss 117/09.

stellung einer entsprechenden Willensbekundung. Weitere Voraussetzungen werden an ihn nicht gestellt. So verfährt, soweit ersichtlich, auch die Strafrechtswissenschaft, obgleich die Trennung von Begriff und Wirksamkeitsvoraussetzung selten explizit thematisiert wird.¹² Mit Recht: Es ist nicht zweckmäßig, die zustimmende Erklärung eines 8-jährigen Knaben in eine Beschädigung seines Fahrrads schon deshalb nicht als Einwilligung anzusprechen, weil der Rechtsgutsinhaber einwilligungsunfähig ist. Ebenso wenig vermag vis compulsiva etwas daran zu ändern, dass es begrifflich zu einer zustimmenden, wenngleich erzwungenen Willensbekundung des Rechtsgutsinhabers in die Beeinträchtigung seines Rechtsguts gekommen ist.

Für die Einwilligung im Strafverfahrensrecht ist das Problem der Freiwilligkeit von zentraler Bedeutung.¹³ Die strafrechtliche Einwilligungslehre überliefert den Grundsatz, dass der Einwilligende frei in seiner Entschließung sein muss.¹⁴ Entsprechend hat der BGH auch die Einwilligungen von in Konzentrationslagerhaft befindlichen Sexualstraftätern in ihre Entmannung als unfreiwillig und damit rechtsunwirksam angesehen.¹⁵ In dieser strafrechtlichen Perspektive hat es den Anschein, dass Freiwilligkeit ein exklusiver Begriff ist, dass eine Einwilligung also entweder freiwillig und damit wirksam oder unfreiwillig und damit unwirksam ist. Von einem solchen exklusiven Begriff der Freiwilligkeit geht offenbar auch *Roxin* aus, wenn er gerade in Bezug auf die Kastration mit Zustimmung des Sexualstraftäters von einer unfreiwilligen und also unwirksamen Einwilligung spricht.¹⁶

¹² Exemplarisch BGHSt 4, 113 (118); Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 6), Vorbem. §§ 32 ff. Rn 35 ff.; Fischer StGB, 62. Aufl. 2015, Vor § 32 Rn 3c.

¹³ Dazu bereits oben 1.

¹⁴ BGHSt 4, 113 (118); Fischer (Fn. 12), Vor § 32 Rn 3c; Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 6), Vorbem. §§ 32 ff. Rn 35 und 45; auch Meyer (Fn. 8), § 38 S. 267.

¹⁵ BGHSt 4, 113 (118).

¹⁶ Oben 1. mit Fn. 2.

Indes ist fraglich, ob die Freiwilligkeit als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Einwilligung zwingend als exklusiver Begriff aufgefasst werden muss. Wie auch der BGH anerkennt, beurteilt sich die Freiwilligkeit einer Willensentschließung stets nach den vorhandenen Abhängigkeiten von mitwirkenden äußeren Bedingungen.¹⁷ Da nun jeder Willensentschluss auf mitwirkenden Umständen beruht und häufig einen Zweck verfolgt, wäre es verfehlt, schon wegen dieser Abhängigkeiten die Freiwilligkeit einer Willensentschließung in Abrede zu stellen. Soweit die Einwilligung daher nicht eine in jeder Hinsicht autonome Entscheidung des Rechtsgutsinhabers voraussetzt,¹⁸ ist es möglich und sinnvoll, Freiwilligkeit nicht als exklusiven, sondern als relativen Begriff aufzufassen. Danach gibt es jenseits des Dualismus von Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit auch Entscheidungen, die weder vollständig freiwillig noch unfreiwillig sind und die man deshalb als halbfreiwillige¹⁹ oder reduziert bzw. relativ freiwillige Entscheidungen²⁰ bezeichnen kann. Zumindest in rechtsstaatlichen Verhältnissen sind daher auch Häftlinge in der Lage, freiwillige Entschlüsse als Grundlage einer wirksamen Einwilligung zu fassen. Mit Fug erklärt § 3 Abs. 2 Kastrationsgesetz, dass die Einwilligung des Betroffenen nicht deshalb unwirksam ist, weil er zur Zeit der Einwilligung in einer Anstalt verwahrt wird.²¹

Allerdings verlangt die Anerkennung wirksamer halbfreiwilliger Einwilligungen, welche die Handlungsbefugnisse Dritter erweitert, dann

¹⁷ BGHSt 19, 201 (206).

¹⁸ Sch/Sch/Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 6), Vorbem. §§ 32 ff. Rn 45.

¹⁹ Vgl. Amelung, StV 1985, 257 (262), der von halbfreiwilligen Einwilligungen redet.

²⁰ Vgl. jeweils zu § 153a StPO Weigend, in: Jung (Hrsg.), Alternativen zur Strafjustiz und die Garantie individueller Rechte des Beschuldigten, 1989, 152; Britz/Jung, FS Meyer-Goßner, 2001, 315.

²¹ Siehe zuvor bereits gleichlautend BGHSt 19, 201 (206). Umfassend zu diesem Problem Amelung, ZStW 95 (1983), 1 (9 ff.) und auch unten 2. b. A.A. LR/Krause (Fn. 4), § 81a Rn 14.

nach einer Kompensation, wenn die Abhängigkeit der Willensentschließung des Einwilligenden von mitwirkenden äußeren Bedingungen auf einen Dritten wie den Staat zurückgeht. So ist es bei Einwilligungen durch Inhaftierte und bei Einwilligungen durch Personen, die sich mit einem Strafverfahren oder strafprozessualen Zwangsmaßnahmen konfrontiert sehen. In beiden Fällen ist zu erwägen, die Wirksamkeit solcher halbfreiwilliger Einwilligungen von einer Pflicht der Repräsentanten des Staates zur Belehrung über die Freiwilligkeit der Einwilligung abhängig zu machen.²² Wenn man will, kann man auch hier von der Notwendigkeit eines informed consent bzw. einer informierten Freiwilligkeit sprechen.

b) Missverständnisse und Präzisierungen

Auf Basis dieser begrifflichen Vorklärungen können im Folgenden einige Missverständnisse zur Einwilligung im Strafverfahrensrecht korrigiert und Präzisierungen vorgenommen werden.

Das erste Missverständnis betrifft die Ansicht, dass Einwilligungen im Verhältnis zwischen Bürger und Staat gar nicht möglich und daher auch Einwilligungen in Grundrechtsbeeinträchtigungen abzulehnen seien.²³ Für diese Ansicht könnte sprechen, dass zwischen Staat und Bürger in der Regel ein großes Macht- und Informationsgefälle besteht, angesichts dessen der Bürger häufig nur aus bloßer Furcht in staatliche Eingriffe in seine Rechtssphäre einwilligt. In der Tat ist die regelmäßige Existenz eines solchen Macht- und Informationsgefälles zwischen Bürger und Staat nicht zu bestreiten.²⁴ Nur zwingt das nicht zu der Annahme, dass deswegen Einwilligungen im Verhältnis zwischen Bürger und Staat mangels Freiwilligkeit gar nicht möglich seien.

²² Näher Amelung (Fn. 1), S. 100 ff.; ders., StV 1985, 257 (262 f.).

²³ Forsthoff, DVBl 1957, 724 ff.; Wagner, Amtsverbrechen, 1975, S. 362 ff.

²⁴ Vgl. dazu Amelung, StV 1985, 257 ff.

Nur wenn man der Auffassung ist, dass im Verhältnis von Bürger und Staat stets ein autonomieausschließender Handlungsdruck auf dem Bürger lastet, und zugleich Freiwilligkeit als exklusiven Begriff versteht, dann wären freiwillige und halbfreiwillige Einwilligungen des Bürgers in staatliche Eingriffe nicht denkbar. Beide Voraussetzungen sind, wie bereits gezeigt wurde, nicht begründet.²⁵

Doch bleibt ein weiteres Problem. Selbst wenn man zugesteht, dass freiwillige und halbfreiwillige Einwilligungen des Bürgers in staatliche Eingriffe möglich sind, könnte man dies jedenfalls für die Einwilligung institutionell „Unfreier“, insbesondere inhaftierter Personen verneinen. Denn die extreme Abhängigkeit der Strafgefangenen im Gefängnis als totaler Institution scheint der Idee freiwilliger Einwilligungen geradezu den Boden zu entziehen. In diesem Sinne hat *Roxin* kritisch zu dem erwähnten § 3 Abs. 2 KastrG²⁶ angemerkt, dass „es sich trotz der Terminologie des Gesetzes nicht um eine eigentliche Einwilligung, sondern um ein Einwilligungssurrogat handelt ...“²⁷

Amelung hat demgegenüber überzeugend gezeigt, dass die Einwilligungsprobleme, welche aus der Gefangenschaft resultieren, der Anerkennung von Einwilligungen im Strafvollzug nicht entgegenstehen.²⁸ Denn die Anerkennung von Einwilligungen dient auch und gerade im Strafvollzug der Verwirklichung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, insbesondere des Prinzips der Erforderlichkeit. Danach muss der Staat von mehreren in Betracht kommenden, gleich geeigneten Eingriffsmaßnahmen die mildeste wählen.²⁹ Kann also eine Vollzugsmaßnahme mit Zwang oder infolge einer Einwilligung des Betroffenen weni-

²⁵ Siehe auch die Kritik von *Amelung* (Fn. 1), S. 79 ff.; ders., StV 1985, 257 (261) und NStZ 1982, 38 f.

²⁶ Oben 2. a).

²⁷ *Roxin* (Fn. 2), § 13 Rn 30.

²⁸ *Amelung*, ZStW 95 (1983), 1 (9 f., 10 ff.).

²⁹ Dazu stellvertretend *Voßkuhle*, JuS 2007, 429 (430).

ger eingriffsintensiv durchgeführt werden, so hat der Staat die Härte einer Zwangsmaßnahme dadurch abzumildern, dass er dem Betroffenen die Chance der Einwilligung in die Erduldung einer Ersatzmaßnahme anbietet.

Das Bemerkenswerte an dieser eingriffsmildernden Einwilligung ist dabei nicht die Eröffnung einer neuen Wahl zwischen zwei Übeln für den Betroffenen. Bemerkenswert ist vielmehr, dass diese neue Wahl eine freie sein kann, sofern sie nicht durch zusätzlichen, über den vorhandenen Situationsdruck hinausgehenden Zwang beeinflusst wird, und dass Maßstab dieser Wahl das Präferenzsystem des Betroffenen ist.³⁰ Das genügt für Autonomie als Grundlage einer wirksamen Einwilligung selbst durch institutionell „Unfreie“.

Die Ausräumung der Missverständnisse erlaubt es, das Phänomen der Einwilligung im Strafverfahrensrecht näher zu bestimmen. Auch im Strafverfahrensrecht prägen die zahlreichen eingriffsmildernden Einwilligungen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Soweit den Strafverfolgungsorganen bei Eingriffen in Grundrechte des Bürgers verschiedene gleich geeignete Mittel zur Verfügung stehen, müssen sie berücksichtigen, wie der Grundrechtsträger selbst die Schwere der verschiedenen Mittel einschätzt.³¹ Wenn also ein Betroffener den beweisgeeigneten Gegenstand freiwillig herausgibt, um sich eine zwangsweise Hausdurchsuchung zu ersparen (§ 94 Abs. 2 StPO), so ist seine Einwilligung halbfreiwillig und als eingriffsmildernde Einwilligung gleichwohl wirksam. Wenn ein vermögender Beschuldigter knapp 100 Millionen Dollar an den deutschen Staat zahlt, um die Einstellung seines Strafverfahrens gemäß § 153a StPO zu erreichen (Fall Ecclestone), so ist seine Entscheidung halbfreiwillig und als eingriffsmildernde Einwilligung gleichwohl wirksam.³²

³⁰ Eingehend Amelung, ZStW 95 (1983), 1 (14).

³¹ Amelung, StV 1985, 257 (262); ders., NSTZ 1982, 38 (39).

³² Zum Problem Saliger GA 2005, 155 (167 f.) mwN.

Allerdings birgt die Zulassung von Einwilligungen im Strafverfahrensrecht, wie nicht zuletzt die Beispiele belegen, auch unzweifelhaft heikle Probleme. Ein Hauptproblem bei allen Einwilligungen im Strafverfahren ist, unter welchen Umständen noch von einer signifikanten Halbfreiwilligkeit der Zustimmung und damit von einer wirksamen Einwilligung des Betroffenen ausgegangen werden darf. Insbesondere ist fraglich, wie der Situationsdruck der jeweiligen prozessualen Situation auf den Betroffenen von unzulässigem zusätzlichem Zwang abgegrenzt werden kann.³³

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich aus dem Umstand, dass die vom Betroffenen erteilte Einwilligung eine neue Rechtsgrundlage für einen staatlichen Grundrechtseingriff schafft. In welchem Verhältnis stehen die auf Einwilligung beruhenden Grundrechtseingriffe zu den durchnormierten staatlichen Zwangseingriffen? Ist dem Staat etwa bei einwilligungsbasierten Grundrechtseingriffen mehr erlaubt als bei Zwangseingriffen? Dass hier Grenzen bestehen müssen, ist der Strafprozessordnung selbst zu entnehmen. So gilt das Verbot unzulässiger Vernehmungsmethoden ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Beschuldigten. Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, dürfen auch bei Zustimmung des Beschuldigten nicht verwertet werden (§ 136a Abs. 3 StPO).³⁴ Ähnliche Grenzen gilt es insbesondere, aber nicht nur bei den normbereichsüberschreitenden Einwilligungen herauszuarbeiten.³⁵

³³ Vgl. Amelung, ZStW 95 (1983), 1 (14 ff.).

³⁴ Auch im Strafvollzugsrecht gibt es natürlich Grenzen. So sind sexuelle Kontakte zwischen Anstaltspersonal und Eingesperrten gem. § 174a StGB auch dann strafbar, wenn die gefangene Person einwilligt (Ausnutzung der „sexuellen Not“); dazu Amelung, ZStW 95 (1983), 1 (16 f.).

³⁵ Unten 3. b) und .3. a).

3. Typen und Funktionen von Einwilligungen im Strafverfahrensrecht und ihre Probleme

Auf dem Hintergrund der Begriffsklärungen und Präzisierungen lassen sich Typen und Funktionen von Einwilligungen im Strafverfahren klassifizieren und ihre Probleme beleuchten. Mindestens drei Typen von Einwilligungen können identifiziert werden: eingriffsmildernde (oder eingriffsersetzende), normbereichsüberschreitende und eingriffs(norm-)konstituierende Einwilligungen. Alle drei Typen von Einwilligungen stimmen darin überein, dass sie eine eingriffslegitimierende Funktion haben. Sie unterscheiden sich in der Richtung und der Selbständigkeit, mit der sie diese eingriffslegitimierende Funktion wahrnehmen. Dabei ist die Abgrenzung nicht immer unzweifelhaft. Das gilt insbesondere für die Abgrenzung zwischen den eingriffskonstituierenden und den eingriffsmildernden Einwilligungen. Je nachdem, ob man hier bei einzelnen Einwilligungsregelungen den Schwerpunkt auf die normtextliche Selbständigkeit der Eingriffslegitimation oder auf die Richtung der auch vorhandenen Eingriffsmilderung legt, ist eine Einordnung als eingriffskonstituierende oder (auch) eingriffsmildernde Einwilligung möglich.

a) Eingriffsmildernde bzw. -ersetzende Einwilligungen

Der erste Einwilligungstyp ist die bereits wiederholt angesprochene eingriffsmildernde bzw. eingriffsersetzende Einwilligung. Für diesen Einwilligungstyp ist kennzeichnend, dass der Betroffene vor der Wahl zwischen zwei Übeln steht, nämlich einem Eingriff in seine Rechtssphäre mit oder ohne Zwang, und dass ihm der Staat mit der eingriffsmildernden Einwilligung die Wahl des seiner Ansicht nach geringeren Übels erlaubt. Die eingriffsmildernde Einwilligung kann auch als eingriffsersetzende Einwilligung angesprochen werden, wenn man den Aspekt betont, dass der staatliche Zwangseingriff als drohende

schärfere Maßnahme durch einen Eingriff mit Einwilligung des Betroffenen als mildere Maßnahme ersetzt wird.³⁶

Die eingriffsmildernde Einwilligung tritt in zwei Erscheinungsformen auf. Die erste Erscheinungsform erlaubt Abschwächungen anvisierter staatlicher Zwangseingriffe, wenn der Betroffene in den anvisierten Eingriff einwilligt. Beispiele sind neben den eingangs genannten Fällen (Herausgabe eines beweisgeeigneten Gegenstandes, Einwilligung des Unverdächtigen in die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen)³⁷ die Einwilligung des in eine psychiatrische Klinik zur Begutachtung eingewiesenen Beschuldigten in einen diagnostischen Eingriff, um seinen Zwangsaufenthalt abzukürzen, die Preisgabe des Briefgeheimnisses nach § 148a Abs. 2 S. 1 StPO, um mit einem terrorverdächtigen Untersuchungsgefangenen Kontakt aufzunehmen,³⁸ oder die Einwilligung in eine verfahrensbeendende Absprache gemäß § 257c Abs. 3 S. 4 StPO zur Vermeidung einer (weiteren) Hauptverhandlung und zur Erlangung eines im Strafmaß reduzierten Strafurteils. Bei dieser Form der eingriffsmildernden Einwilligung bleibt der anvisierte Eingriffstyp des Staates unverändert (z.B. Eingriff in Besitz und Eigentum, Eingriff in die persönliche Freiheit, Kontaktkontrolle), jedoch schwächt der einwilligungsbasierte Ersatzeingriff die Wirkungen des staatlichen Zwangseingriffs ab. Die Zulässigkeit der eingriffsmildernden Einwilligung ergibt sich teils explizit aus den einschlägigen Normtexten (etwa §§ 94 Abs. 2, 148a Abs. 2 S. 1, 257c Abs. 3 S. 4 StPO), teils aus dem Sachzusammenhang (z.B. Einwilligung in den diagnostischen Eingriff aus § 81a StPO für den gem. § 81 StPO eingewiesenen Beschuldigten).³⁹

³⁶ Vgl. Amelung (Fn. 1), S. 105 ff.; ders., NStZ 1982, 38 (39) und ZStW 95 (1983), 1 (14).

³⁷ Oben I. S. 1 mit Ausnahme von § 153a StPO, dazu sogleich im Text.

³⁸ Siehe zu diesen Beispielen Amelung, StV 1985, 257 und 262.

³⁹ Vgl. BGHSt 8, 144 (148); Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 81 Rn 20.

Bei der zweiten Erscheinungsform der eingriffsmildernden Einwilligung bleibt der anvisierte staatliche Eingriffstyp nicht unverändert, sondern wird durch einen gänzlich neuen einwilligungsbasierten Eingriff ersetzt. Beispiel ist die Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 153a StPO durch Zahlung eines Geldbetrages zur Vermeidung der Durchführung einer (weiteren) Hauptverhandlung mit dem Risiko einer Verurteilung. In diesem Fall wird der staatliche Zwangseingriff des Strafverfahrens durch den völlig neuen Eingriff der Zahlung einer Geldauflage, welche die Unschuldsvermutung unangetastet lässt⁴⁰, ersetzt. Da die Zahlung der Geldauflage gegenüber der Durchführung des Strafverfahrens mit Verurteilungsrisiko den milderen Eingriff darstellt, kann sie als eingriffsmildernde Einwilligung angesprochen werden. Die Einwilligung ist hier maßgeblicher (nicht alleiniger) Grund für die Ersatzmaßnahme.⁴¹ Sie zählt daher zu den gesetzlichen Voraussetzungen des Eingriffs und kann insoweit auch als eingriffskonstituierende Einwilligung angesprochen werden.

Amelung hat für die eingriffsmildernden Einwilligungen des ersten Typs folgende Zulässigkeitsvoraussetzungen formuliert: Die Einwilligung muss einen gesetzlich zulässigen Zwang mildern, insbesondere nicht durch einen zusätzlichen Zwang erwirkt werden, ferner mit den Zielen der gesetzlichen Eingriffsermächtigung übereinstimmen, zur Zweckverfolgung geeignet sein und durch eine Belehrungspflicht über die Freiwilligkeit des Ersatzeingriffs abgesichert werden.⁴² In unserem Zusammenhang interessiert vor allem die Frage, wann eine eingriffsmildernde Einwilligung noch als signifikant restfreiwillig und damit als wirksam gelten kann und wann nicht. Das sei am Beispiel der Zustimmung des Angeklagten zu verfahrensbeendenden Absprachen gezeigt.

⁴⁰ Pars pro toto Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 39), § 153a Rn 2.

⁴¹ Näher Saliger, GA 2005, 155 (166 ff.).

⁴² Amelung, StV 1985, 257 (262 f.); zuvor ders., ZStW 95 (1983), 1 (14 ff.).

Grundsätzlich ist (auch) eine halbfreiwillige Einwilligung unwirksam, wenn sie unter zusätzlichem, über die normale strafprozessuale Druck-situation hinausgehenden Zwang erfolgt.⁴³ Ein solcher zusätzlicher Zwang ist vor allem bei rechtswidrigem Zwang gegeben,⁴⁴ der namentlich bei der Mehrzahl der verbotenen Vernehmungsmethoden gemäß § 136a StPO in Betracht kommt. So ist nach der Rechtsprechung beim Zustandekommen einer verfahrensbeendenden Absprache die freie Willensentschließung des Angeklagten zu wahren. Insbesondere darf er nicht durch die Drohung mit einer höheren Strafe oder durch das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zu einem Geständnis gedrängt werden.⁴⁵ Das gilt vor allem für die Drohung mit einer unzulässigen Sanktionsschere. Danach darf der Unterschied zwischen der bei Verständigung und der bei einem streitigen Verfahren zu erwartenden Sanktion nicht so groß sein, dass sie strafzumessungsrechtlich unvertretbar und mit einer angemessenen Strafmilderung aufgrund eines Geständnisses nicht mehr erklärbar ist.⁴⁶ Die Judikatur hat eine solche unzulässige, gegen § 136a StPO verstoßende Sanktionsschere bejaht für die Differenz zwischen einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren auf Bewährung bei Geständnis und sechs Jahren Freiheitstrafe bei streitiger Verhandlung⁴⁷ sowie für die Differenz zwischen 3 ½ Jahren Freiheitsstrafe bei Geständnis und 7 bis 8 Jahren Freiheitsstrafe bei streitiger Verhandlung.⁴⁸ Unzulässig ist eine Einwilligung auch bei Verknüpfung der Absprache mit inkonnexen Vorteilen wie der Inaussichtstellung von Freigang durch die unzuständige Straf-

⁴³ Oben 2. b) mit Fn. 33.

⁴⁴ Amelung, ZStW 95 (1983), 1 (18 ff.).

⁴⁵ BGHSt 43, 195 (204); BGH BeckRS 2004, 06168; BGH NStZ 2008, 170 f.

⁴⁶ BGH(GS)St 50, 40 (50); BGH NStZ 2008, 170 (171).

⁴⁷ BGH BeckRS 2004, 06168.

⁴⁸ BGH NStZ 2008, 170 (171).

kammer⁴⁹ oder der Forderung, die Steuerschuld aus einer Vortat zu begleichen.⁵⁰

Der Gesetzgeber hat – wie zuvor schon die Rechtsprechung – die Sicherung der Autonomie des Angeklagten bei verfahrensbeendenden Absprachen als für so zentral angesehen, dass er in § 257c Abs. 5 StPO eine Belehrung des Angeklagten über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Abs. 4 aufgenommen hat. Diese Belehrungspflicht soll die Fairness des Verständigungsverfahrens sichern und zugleich die Autonomie des Angeklagten bestmöglich schützen.⁵¹ Entsprechend machen Verstöße gegen die Belehrungspflicht das Geständnis unwirksam und begründen die Revision.⁵² Die Freiheit des Betroffenen zur Rechtsmittel einlegung bei Verständigungen gewährleistet im Übrigen § 302 Abs. 1 S. 2 StPO, wonach bei Urteilen, denen eine Verständigung vorausgegangen ist, ein Rechtsmittelverzicht ausgeschlossen ist.⁵³

b) Normbereichsüberschreitende Einwilligungen

Den zweiten Typ von Einwilligungen im Strafverfahrensrecht markieren die normbereichsüberschreitenden Einwilligungen. Für sie ist kennzeichnend, dass die Einwilligung des Beschuldigten hier staatli-

⁴⁹ Vgl. BGHSt 43, 195 (204).

⁵⁰ BGH NSTz 2004, 338 (339).

⁵¹ BT-Drs. 16/12310, S. 15; BVerfG NJW 2013, 1058 (1067 Rn 99, 1069 Rn 112 und 1071 Rn 125).

⁵² BVerfG NJW 2013, 1057 (1069 Rn 112 und 1071 Rn 125 ff.); BGH StraFo 2013, 286; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 39), § 257c Rn 32c.

⁵³ Die Regelung geht also weiter als BGH(GS) 50, 40 (60 ff.); dazu Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 39), § 302 Rn 26b ff. Allgemein zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen von Rücknahme und Verzicht auf Rechtsmittel als „Quasi-Einwilligungen“ SK-StPO/Frisch, Bd. VI, 4. Aufl. 2013, § 302 Rn 14 ff.

che Eingriffe rechtfertigt, die der Staat im Wege des Zwanges nicht vornehmen dürfte.⁵⁴ Solche normbereichsüberschreitenden Einwilligungen finden sich verstreut im gesamten Strafprozessrecht, etwa bei der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten gemäß § 81a StPO, bei der Untersuchung anderer Personen gemäß § 81c StPO oder bei der Hausdurchsuchung gemäß §§ 102, 105 StPO. So ist anerkannt, dass die Einwilligung des Betroffenen Eingriffe legitimieren kann, die mangels Erreichbarkeit eines Anordnungsbefugten als Zwangsmaßnahme nicht durchgeführt werden können wie bei § 81a StPO⁵⁵, bei §§ 102, 105 StPO⁵⁶ und, sofern nur leichte Eingriffe im Raum stehen, auch § 81c StPO.⁵⁷

Den Grund für die Zulassung auch solcher normbereichsüberschreitenden Einwilligungen wird man zum einen in dem Wortlaut der jeweiligen Eingriffsnormen (vgl. § 81a Abs. 1 S. 2 StPO; § 81c Abs. 1, 2, 6 StPO), zum anderen wie bei der eingriffsmildernden Einwilligung⁵⁸ allgemein in dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz finden dürfen, der den Staat verpflichtet, dem Bürger vor Durchführung eines Zwangseingriffs die Chance auf eine einwilligungsbasierte und damit weniger eingriffsintensive Maßnahme anzubieten.⁵⁹ Normbereichsüberschreitende Einwilligungen sind dabei nur wirksam, wenn sie ausdrücklich, eindeutig, in Kenntnis der relevanten Umstände (ggf. nach Aufklärung), frei von Willensmängeln und – mit der zutreffenden

⁵⁴ Zum Begriff statt aller SK-StPO/Rogall (Fn. 4), § 81a Rn 15.

⁵⁵ Dazu SK-StPO/Rogall (Fn. 4), § 81a Rn 14, 16; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 39), § 81a Rn 3; enger LR/Krause (Fn. 4), § 81a Rn 12.

⁵⁶ Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 39), § 105 Rn 1; HK-Gercke, StPO, 5. Aufl. 2012, § 105 Rn 3; SK-StPO/Wohlers, Bd. 2, 4. Aufl. 2010, § 105 Rn 4 ff.

⁵⁷ Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 39), § 81c Rn 2; weitergehend SK-StPO/Rogall (Fn. 4), § 81c Rn 18. A.A. KMR-Bosch, StPO, 33. EL Oktober 2002, § 81c Rn 3.

⁵⁸ Dazu oben 2.a. mit Fn. 30 und 31.

⁵⁹ Vgl. SK-StPO/Rogall (Fn. 4), § 81a Rn 14.

Auffassung – grundsätzlich nach staatlicher Belehrung über die Freiwilligkeit der Zustimmung erfolgen.⁶⁰ Sie finden ihre explizite Grenze teils in Vorschriften wie § 136a Abs. 3 S. 1 StPO und § 81d Abs. 2 StPO, wo die Unbeachtlichkeit der Einwilligung auch zentral der Wahrung des Ansehens des Staates dient,⁶¹ ferner bei körperlichen Untersuchungen nach § 81a StPO in der Lebensgefährlichkeit der Maßnahme gemäß § 228 StGB sowie allgemein im Schutz der Menschenwürde der Betroffenen.⁶²

Nach wie vor unklar ist dagegen vor allem der Umfang der Zulassung normbereichsüberschreitender Einwilligungen. Das sei am Beispiel der körperlichen Untersuchungen gemäß § 81a StPO gezeigt. So leuchtet der Grundsatz „Einwilligung vor Anordnung“ unmittelbar ein, wenn der belehrte, aufgeklärte und einwilligungsfähige Beschuldigte in die Untersuchung einwilligt, weil dann eine staatliche Anordnung in der Tat entbehrlich ist. Auch dürften im Hinblick auf die subjektive Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁶³ noch Einwilligungen des Betroffenen in etwa wegen der Unspezifität der Verdachtslage oder

⁶⁰ SK-StPO/Rogall (Fn. 4), § 81a Rn 18 ff. und § 81c Rn 16 f.; ferner OLG Hamburg StV 2008, 12 für § 105 StPO; HK-Gercke (Fn. 56), § 105 Rn 4 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 39), § 81a Rn 4 und 12, § 81c Rn 3 f. und § 105 Rn 1.

⁶¹ Vgl. BGH NSTZ 2008, 706 (707) zu § 136a Abs. 3 S. 2 StPO, wo der 3. Strafsenat offen lässt, ob Fälle denkbar sind, in denen entgegen dem klaren Wortlaut des § 136a Abs. 3 S. 2 StPO aus übergeordneten verfassungs- oder menschenrechtlichen Prinzipien die Verwertung erlangter Erkenntnisse dennoch in Betracht kommen könnte, wenn a) der Beschuldigte unmissverständlich auf seinen Schutz verzichtet und ihm b) ohne die Verwertung des an sich gesperrten Beweismittels eine effektive Verteidigung verwehrt ist; ferner SK-StPO/Rogall (Fn. 56), § 136a Rn 97; LR/Gieß, StPO, 4. Band, 26. Aufl. 2007, § 136a Rn 68; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 39), § 81 d Rn 1.

⁶² SK-StPO/Rogall (Fn. 4), § 81a Rn 17; Amelung (Fn. 1), S. 46 ff.; ders., StV 1985, 257 (259); LR/Krause (Fn. 4), § 81a Rn 12.

⁶³ Dazu bereits oben 2.b). mit Fn. 30 und 31.

wegen des geringfügigen Tatvorwurfs an sich unverhältnismäßige körperliche Untersuchungen zulässig sein.⁶⁴ Doch werden Einwilligungen unwirksam, wenn sie typusfremde Maßnahmen gemäß § 81a StPO, also keine körperlichen Untersuchungen zu Verfahrenszwecken rechtfertigen sollen, weil dafür eine eigene gesetzliche Grundlage erforderlich ist.⁶⁵ Das Gleiche gilt im Ergebnis für die Regeln der ärztlichen Kunst, auf deren Einhaltung der Betroffene nicht wirksam verzichten kann.⁶⁶

c) Eingriffs(Norm-)konstituierende Einwilligungen

Den dritten Typ von Einwilligungen im Strafverfahrensrecht bilden die eingriffs- oder normkonstituierenden Einwilligungen. Sie kennzeichnet, dass die Einwilligung zu den gesetzlichen Voraussetzungen des staatlichen Eingriffs zählt und damit in der Regel die Legitimation der Maßnahme maßgeblich mitprägt. Beispiele sind etwa die Einwilligung in die DNA-Reihenuntersuchung bei Unverdächtigen gemäß § 81 h Abs. 4 StPO⁶⁷ sowie, wenn man die auch eingriffsmildernde Richtung der Maßnahmen vernachlässigt,⁶⁸ die Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 153a StPO und die Zustimmung zur verfahrensbeendenden Absprache gemäß § 257c Abs. 3 S. 4 StPO.

Die eingriffskonstituierende Einwilligung teilt wie die eingriffsmildernde Einwilligung das Problem der Sicherung der Freiwilligkeit der

⁶⁴ SK-StPO/Rogall (Fn. 4), § 81a Rn 17 unter Bezug auf Amelung, StV 1985, 257 (259).

⁶⁵ Vgl. auch LR/Krause (Fn. 4), § 81a Rn 12 für Einwilligungen in Eingriffe, die nicht geeignet sind, die festzustellenden Tatsachen zu beweisen.

⁶⁶ Enger SK-StPO/Rogall (Fn. 4), § 81a Rn 17.

⁶⁷ Bei der DNA-Analyse und der DNA-Identitätsfeststellung erklärt das Gesetz (§ 81f Abs. 1 S. 1, § 81g Abs. 3 StPO), dass bei schriftlicher Einwilligung des Betroffenen die richterliche Anordnung der Maßnahme entbehrlich ist.

⁶⁸ Zu den Abgrenzungsproblemen oben 3. und 3.a).

Einwilligung. Das wurde für die Zustimmung zu verfahrensbeendenden Absprachen dargelegt.⁶⁹ Darüber hinaus stellt sich die Freiwilligkeitsfrage bei der eingriffskonstituierenden Einwilligung verschärft, da die Legitimationsbedeutung derartiger Einwilligungen noch einmal gesteigert ist. Das lässt sich an der Regelung zum Reihengentest gemäß § 81h StPO ablesen.⁷⁰ Danach setzt die Teilnahme an dem Reihengentest nicht nur die schriftliche Einwilligung des Unverdächtigen voraus (§ 81a Abs. 1 StPO). Die betroffenen Personen sind zudem schriftlich über die Einwilligungsbedürftigkeit des Reihengentests zu belehren (§ 81h Abs. 4 S. 1 StPO), wobei weitere Hinweise u.a. zum Verwendungszweck der entnommenen Körperzellen gegeben werden müssen (§ 81h Abs. 4 S. 2 StPO).

Der Sicherung der Freiwilligkeit der Einwilligung bei § 81h StPO dient auch die Behandlung der aus der Einwillungsverweigerung resultierenden Folgen. So darf die Verweigerung der Speichelprobe nicht als ein die Täterschaft begründendes oder bestärkendes Indiz gewertet werden.⁷¹ Nur bei weiteren verdachtsbegründenden Kriterien und einer Verdichtung des Kreises der grundsätzlich Verdächtigen durch die Abgabe einer Vielzahl freiwilliger Speichelproben sind zwangsweise DNA-Analysen nach §§ 81a, e und f StPO zulässig.⁷²

Im Übrigen ist die Begrenztheit der Legitimationswirkung von eingriffskonstituierenden Einwilligungen zu beachten. Da der jeweilige staatliche Eingriff in der Regel von einer Mehrzahl von Legitimations-

⁶⁹ Oben 3.b).

⁷⁰ Vgl. auch Saliger/Ademi, JuS 2008, 193 (196 f.).

⁷¹ BVerfG NJW 1996, 1587 (1588); auch BGHSt 49, 56 (60).

⁷² BGHSt 49, 56 (60); Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 39), § 81h Rn 16; auch Saliger/Ademi, JuS 2008, 193 (198 f.) mit der Unterscheidung zwischen geschlossenen und nicht geschlossenen Fällen.

strängen getragen wird⁷³ und die Einwilligung typischerweise nur eine halbfreie ist, ist Vorsicht vor der Annahme geboten, die Einwilligung der Betroffenen gleichsam als Königsweg für die Legitimation problematischer Eingriffsmaßnahmen im modernen Strafprozessrecht einzusetzen. Vielmehr muss verhindert werden, dass im Strafverfahrensrecht gilt: *volenti fit iniuria*.

4. Zusammenfassung der zentralen Thesen

Die vorstehenden Ausführungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Wirksame Einwilligungen sind auch im Strafverfahren grundsätzlich möglich und anzuerkennen.
2. Einwilligungen im Strafverfahrensrecht dürfen nicht dazu eingesetzt werden, gesetzliche Eingriffsvoraussetzungen zu umgehen oder aufzuweichen.
3. Angesichts der Freiwilligkeitsproblematik bedürfen eingriffsmildernde und normüberschreitende Einwilligungen im Strafverfahrensrecht einer stärkeren normativen Konturierung hinsichtlich Umfang, Belehrung und Grenzen.

⁷³ Siehe etwa für § 153a StPO neben der Zustimmung die Legitimationsstränge Verfahrensbeschleunigung und Rechtsfrieden; dazu Saliger GA 2005, 155 (166 ff.).

7. Die Einwilligung im Zivilrecht an konkreten Beispielen: Verbraucherschutz, Arbeitsrecht, Versicherungsrecht, AGB

Reinhard Singer

1. Einwilligung, Freiwilligkeit und Selbstbestimmungsfreiheit

a) Ein unmoralisches Angebot:

Arthur Schnitzlers Novelle „Fräulein Else“

In Arthur Schnitzlers Novelle „Fräulein Else“ bittet die Tochter eines Wiener Rechtsanwalts, der wegen der Veruntreuung von Mündelgeldern vor der Verhaftung steht, den reichen Kunsthändler Dorsday um ein dringend benötigtes Darlehen. Dieser willigt unter der Bedingung ein, Else nackt betrachten zu dürfen. *„Also, Else, ich bin bereit – Doktor Fiala soll übermorgen um zwölf Uhr mittags die dreißigtausend Gulden haben – unter einer Bedingung [...] Nichts anderes verlange ich von Ihnen, als eine Viertelstunde dastehen dürfen in Andacht vor Ihrer Schönheit“*). Fräulein Else gerät in schwere Gewissenskonflikte und nimmt sich am Ende das Leben. Hätte sie ihre Würde freiwillig preisgegeben? Schnitzler lässt Dorsday argumentieren: *„Sie müssen fühlen, Else, dass meine Bitte keine Beleidigung bedeutet. Ja, ›Bitte‹ sage ich, wenn sie auch einer Erpressung zum Verzweifeln ähnlich sieht. Aber ich bin kein Erpresser, ich bin nur ein Mensch, der mancherlei Erfahrungen gemacht hat, – unter andern die, dass alles auf der Welt seinen Preis hat und dass einer, der sein Geld verschenkt, wenn er in der Lage ist, einen Gegenwert dafür zu bekommen, ein ausgemachter Narr ist. Und – was ich mir diesmal kaufen will, Else, so viel es auch ist, Sie werden nicht ärmer dadurch, dass Sie es verkaufen.“*

b) Freiwilligkeit und Zwang, Drohung und Angebot

Die Einwilligung in eine Rechtsverletzung ist tatbestandsausschließend, wenn sie freiwillig erfolgt. „Freiwilligkeit“ ist ein Rechtsbegriff, der vor allem im US-amerikanischen Schrifttum geistreiche Debatten ausgelöst hat und zuletzt in der bemerkenswerten Münchner Dissertation von Thomas Gutmann analysiert wurde.¹ Eine seiner zentralen Thesen besteht darin, dass es an der Freiwilligkeit einer Entscheidung – also auch einer Einwilligung – nicht bereits dann fehlen soll, wenn diese unter einem gewissen Druck erfolge. Freiheit könne vielmehr nur durch Drohung – also mittels Zwangs – beeinträchtigt werden, nicht durch Angebote. Angebote besäßen keine Zwangswirkung², sondern eröffneten dem Adressaten selbst dann, wenn sie inadäquat oder unmoralisch seien, zusätzliche Handlungsoptionen. Die Freiheit des Angebotsempfängers werde niemals eingeschränkt, weil dieser durch das Angebot nicht schlechter stehe als er ohne das Angebot gestanden hätte, im ungünstigsten Fall gleich schlecht.³ Übertragen auf den Konflikt von Schnitzlers Else: Dorsay ist diesem Ansatz zufolge in der Tat kein Erpresser, da er lediglich ein unmoralisches Angebot macht. Und Else würde – folgt man *Gutmann* – freiwillig ihre Würde und sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit preisgeben.

c) Einwilligung und Selbstbestimmungsfreiheit im Zivilrechtsverkehr

Aber warum verübte sie dann Selbstmord? Befand sie sich nicht in einer ähnlichen Zwangslage wie jene Familienangehörigen, die von Banken dazu gedrängt wurden, für den verschuldeten Ehegatten oder Vater eine Bürgschaft zu übernehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat Personen in solchen Zwangslagen in einem umstrittenen Urteil aus

¹ Gutmann, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, 2000, S. 1.

² Gutmann, a.a.O., 203 f.

³ Gutmann, a.a.O., 100.

dem Jahre 1993 von dieser Schuld befreit, weil sie nicht in freier Selbstbestimmung gehandelt haben, sondern Opfer von Fremdbestimmung waren.⁴ Die Rechtsordnung schützt in weitem Umfang Vertragspartner, die infolge einer strukturellen Unterlegenheit – sei es aufgrund ihrer intellektuellen oder psychischen Schwäche, sei es aufgrund ihrer sozialen Stellung oder besonderer situativer Umstände des Vertragsschlusses – in belastende Verträge einwilligen. Sie reagieren ja auch auf „Angebote“ und handeln – wenn man *Gutmann* folgt – grundsätzlich freiwillig. Aber wer schließt schon freiwillig Verträge, die offensichtlich unangemessen sind? Wer einen unangemessenen Vertrag abschließt und dabei ausgebeutet wird, genießt gem. § 138 Abs. 2 BGB den Schutz der Rechtsordnung. Seiner *Zwangslage* wird Rechnung getragen, weil ihm das Angebot keine „echte“ Entscheidungsfreiheit gewährt!

An der Freiwilligkeit des Vertragsschlusses bestehen vor allem in solchen Konstellationen Zweifel, in denen der Vertragspartner auf den Abschluss des Vertrages existentiell angewiesen ist, wie dies im Regelfall bei Arbeitnehmern, Mietern und Darlehensnehmern, aber auch bei Versicherungsnehmern der Fall ist. Als Verbraucher kann man sich nur schwer professionellen Absatzstrategien entziehen, weil man jedenfalls psychologisch unter Druck gesetzt wird. Und Allgemeine Geschäftsbedingungen muss man zähneknirschend akzeptieren, weil sie nicht verhandelbar sind und es überdies rationalem Verhalten widerspräche, einzelne Vertragskonditionen einer intensiven Prüfung zu unterziehen, obwohl es nur im schlimmsten Fall darauf ankommt. In all diesen Fällen eröffnen die Angebote zwar zusätzliche Handlungsoptionen, doch ändert dies nichts daran, dass soziale, wirtschaftliche und psychologische Zwänge die Entscheidungsfreiheit des Kunden, Verbrauchers usw. beeinträchtigen.

⁴ BverfGE 89, 214 = JZ 1994, 408 m. Anm. Wiedemann.

Der Begriff Einwilligung bezeichnet im Bürgerlichen Recht einerseits die vorherige Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit von der Zustimmung eines Dritten (z.B. des gesetzlichen Vertreters bei Rechtsgeschäften Minderjähriger) abhängt.⁵ Darum geht es hier nicht. Eingebürgert hat sich ferner der Begriff Einwilligung für die Zustimmung zu einem Eingriff in Rechte oder Rechtsgüter, wie z.B. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder – bei der ärztlichen Behandlung – in die körperliche Integrität.⁶ Auch dabei stellt sich die Frage der Freiwilligkeit, doch handelt es sich dabei nur um einen Ausschnitt eines breiteren Themenkomplexes, zu dem auch und wohl sogar dominierend die eben angesprochenen Fragen der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmungsfreiheit beim Abschluss von arbeitsrechtlichen, verbraucherrechtlichen und versicherungsrechtlichen Verträgen einschließlich der dabei verwendeten AGB gehören. Da sich auch insoweit der Sache nach Probleme der Einwilligung stellen, beziehe ich auch diese Problematik in meinen Vortrag ein.

d) Beispiele „freiwilliger“ Einwilligungen in Zwangslagen

Gutmann illustriert seine These, dass unmoralische Angebote keine Zwangswirkung hätten, anhand einiger lehrreicher Beispiele. Im Drogendealer-Fall⁷ macht der Dealer die Fortsetzung der Versorgung des Süchtigen davon abhängig, dass dieser einen Konkurrenten aus dem Weg räumt. Im Ertrinkenden-Beispiel⁸ droht eine im Wasser treibende Person der Tod durch Ertrinken, als ihm zufällig ein Bootsführer begegnet und ihm das unmoralische Angebot macht, ihn gegen eine hohe

⁵ MünchKomm/Schramm, BGB, vor § 182 Rn 1; eingehend Ohly, Volenti non fit iniuria. Die Einwilligung im Privatrecht, 2002 mit Übersicht über die Typologie der Einwilligung S. 11 ff.

⁶ MünchKomm/Schramm, BGB, vor § 182 Rn 19; Kohte, AcP 185 (1985) 105 (152 ff.).

⁷ Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2000, S. 1., 95.

⁸ Gutmann, a.a.O., S. 1, im Anschluss an v. Blume, JherJB 38 (1898) 224 (226).

Belohnung zu retten. Aus der deutschen Gerichtspraxis stammen schließlich Fälle, in denen die Erbeinsetzung einer Person an die Bedingung geknüpft ist, dass diese mit einem „ebenbürtigen“ Partner verheiratet ist.⁹

In allen Fällen handelt es sich dem ersten Anschein nach um – mehr oder weniger schamlose – Angebote, so dass der Adressat, der sich für die angebotene Versorgung mit Drogen, die Rettung vor dem Ertrinken und für die standesgemäße Heirat entscheidet, auf der Grundlage der skizzierten Unterscheidung von Drohung und Angebot, von Zwang und Freiwilligkeit, freiwillig handeln würde. Das ist jedenfalls im Drogendealer-Fall und im Ertrinkenden-Beispiel nur schwer zu akzeptieren, weil sich der Drogensüchtige und der Ertrinkende offensichtlich in einer Zwangslage befinden. In den erbrechtlichen Fällen aus der Praxis sind auch die Gerichte davon ausgegangen, dass die Heiratsklauseln die Entscheidungsfreiheit des Erbanwärters bei der Wahl eines Ehepartners beeinflusst hätten. Der BGH und das BayObLG hielten die letztwillige Verfügung zwar nicht für sittenwidrig, doch lag dies nicht daran, dass das erzwungene Verhalten als freiwillig angesehen wurde, sondern an dem Ergebnis einer Interessenabwägung. Der Eingriff in die Testierfreiheit wiegt nach Auffassung der Richter schwerer als die Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit, weil diese nur mittelbar beeinflusst werde und der Erbanwärter nur vermögensrechtliche Folgen in Kauf nehmen müsse.

aa) Das Beispiel des Ertrinkenden: Drohung durch Unterlassen

Nun vertritt auch *Gutmann* nicht die Ansicht, dass der Bootsführer gegenüber dem Ertrinkenden keinen Zwang ausübe. Doch muss er dafür normative Wertungen anstellen, die im Ergebnis darauf hinaus-

⁹ BayObLG ZEV 1997, 119 m. Anm. Otte, FamRZ 1997, 705; OLG Stuttgart, ZEV 1998, 185; BGH JZ 1999, 514.

laufen, dass das Angebot des Bootsführers kein Angebot mehr darstellt, der Ertrinkende vielmehr Zwang ausgesetzt sei.¹⁰ Zwang durch Drohung soll nur dann ausgeübt werden, wenn eine Person eine Wahl-situation für den Betroffenen schaffe, in der dieser keine vernünftige Alternative habe, das Verlangte zu tun, *und* es – normativ gesehen – unrecht sei, dass die Person das fragliche Ansinnen dem Betroffenen stelle. Im Ertrinkenden-Fall übe der Bootsführer deshalb Zwang aus, weil er damit drohe, seine unbedingte, in Deutschland mittels Strafdrohung gem. § 323c StGB erzwungene Verpflichtung, in einem Unglücksfall Hilfe zu leisten, nicht bzw. nur bedingt zu erfüllen.¹¹ Ob dieses Kriterium zutrifft, ist allerdings durchaus fraglich, weil z.B. in den USA keine Verpflichtung besteht, anderen Menschen in Unglücksfällen zu helfen. Man respektiert dort die Furcht vor immensen Haftungsrisiken, wenn man bei der Hilfeleistung Fehler macht. Eine unterschiedliche Behandlung ein und desselben Falles in unterschiedlichen Rechtsordnungen belastet das Gerechtigkeitsempfinden empfindlich, zumal der auf dem Ertrinkenden lastende Zwang, sich auf das Angebot des A einzulassen, offensichtlich gleich groß ist, gleichgültig ob er in den USA oder in Deutschland zu ertrinken droht.

bb) Die Verknüpfung eines überobligationsmäßigen Angebots mit inkonnexen Forderungen: Drogendealer-Fall und das unsittliche Angebot des Kaufhausdetektivs

Im Drogendealer-Fall versagt diese Betrachtungsweise ohnehin, weil man hier nicht sagen kann, dass der Süchtige legitimer Weise erwarten dürfe, weiterhin mit Drogen versorgt zu werden. Zu den essentiellen Prinzipien einer Privatrechtsgesellschaft gehöre es – so *Gutmann* –, die Fortsetzung der bisherigen Beziehung von einer Erhöhung der

¹⁰ Gutmann, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff* 2000, S. 1, 106 ff. (111).

¹¹ Gutmann, a.a.O., 112.

Preise abhängig zu machen.¹² Bildlich gesprochen, erhöht der Drogendealer lediglich die Preise, wenn er von dem Süchtigen nicht nur Geld, sondern eine bestimmte, von diesem als nachteilig angesehene Handlung verlange.¹³ Die Verknüpfung des überobligationsmäßigen Angebots (hier der Drogenlieferung) mit einer inkonnexen, inadäquaten Bedingung bringe zwar den Betroffenen in die Lage, eine schwierige Entscheidung treffen zu müssen. Allein darin liege jedoch noch kein rechtlich relevanter Zwang, der es rechtfertigen würde, die Entscheidung des Betroffenen als unfreiwillige anzusehen. Eine schwierige Entscheidung müsse auch derjenige treffen, der vor einer Operation mit lediglich 50%iger Überlebenschance steht und in die OP „einwilligt“.

Gutmann illustriert die Problematik an einem realen Fall, der die gleichen Strukturen aufweist und den Konflikt aus Schnitzlers Fräulein Else widerspiegelt. Ein Kaufhausdetektiv macht der 16-jährigen Laddiebin den Vorschlag, die von ihm und einem Kollegen vorbereitete Strafanzeige zu unterlassen, wenn diese zu sexuellen Dienstleistungen bereit sei.¹⁴ Auch hier darf das Opfer von Rechts wegen nicht erwarten, dass der Detektiv die Erstattung der Strafanzeige unterlässt oder ihre Absendung verhindert – und auch hier verbindet der Offerent sein Angebot mit einer inkonnexen, unangemessenen Bedingung. Während der BGH eine strafbare Nötigung annahm, obwohl der Detektiv lediglich angeboten hatte, eine rechtlich nicht gebotene Handlung zu unterlassen, widersprach dem *Gutmann* entschieden. Jedes bedingte Hilfsangebot stelle sich als Vorteil für den Adressaten dar, da es seine Handlungsoptionen erweitere. Dies gelte auch, wenn ihm bei Annahme des Angebots ein Übel drohe, da es das Wesen der Freiheitsrechte ausmache, über den Wert und die Konnexität von Leistung und

¹² V. Hayek, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*. Band 1: Regeln und Ordnung 1980, 182 f.; Gutmann, a.a.O., 97.

¹³ Gutmann, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff* 2000, S. 96.

¹⁴ BGHSt 31, 195; Gutmann, a.a.O., 287 ff.

Gegenleistung die Vertragspartner selbst entscheiden zu lassen. Es sei ein fundamentaler Unterschied, ob jemand rechtswidrig in eine Zwangslage gebracht werde, oder ob jemandem, der sich in einer Zwangslage befindet, angesonnen wird, diesem überobligationsmäßig unbedingt zu helfen.¹⁵ Das Ausnutzen von Zwangslagen mag als Ausbeutung und Wucher sanktioniert werden, betreffe aber eine andere Kategorie als die des Zwangs. Es gehe nicht mehr um ein Delikt gegen die Freiheit der Willensbildung, sondern um den nicht mehr freiheitsspezifischen Begriff der rechtswidrigen, durch eine sozial unerträgliche Koppelung von Mittel und Zweck erreichte Willensbeeinflussung.¹⁶ Davon ausgehend würde auch im Drogendealer-Fall kein Zwang ausgeübt, sondern lediglich ein inkonnexes Angebot unterbreitet.

e) Unfreiwillige Entscheidungen bei der Wahl zwischen zwei Übeln

Ich gestehe, dass es mir schwer fällt, den Begriff der Unfreiwilligkeit auf Tatbestände zu reduzieren, in denen der Betroffene unrechtmäßig in eine Zwangssituation gebracht worden ist, und nicht auch auf solche Tatbestände zu beziehen, in denen die Selbstbestimmungsfreiheit dadurch eingeengt ist, dass der Betroffene keine vernünftige Alternative hat, seine bestehende Notlage zu beenden oder zu lindern. Dass es zulässig ist, in solchen Fällen von Zwang zu sprechen, demonstriert im deutschen Recht mit aller Klarheit der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB. Danach ist das Ausnutzen einer Zwangslage des Betroffenen verboten, wenn diesem ein Rechtsgeschäft angesonnen wird, bei dem Leistung und Gegenleistung in einem groben Missverhältnis stehen. Damit werden nicht alle Situationen erfasst, in denen jemand unter Druck steht, eine Entscheidung treffen zu müssen, wohl aber

¹⁵ Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff 2000, S. 299.

¹⁶ Gutmann, a.a.O., 300.

solche, in denen der Betroffene keine vernünftigen Alternativen hat und eine Entscheidung treffen muss, die – gemessen an den marktüblichen Usancen – evident unangemessen ist. So befindet sich z.B. der Autoverkäufer, dem angesonnen wird, ein Auto zu einem ungünstigen Preis zu verkaufen, im Regelfall natürlich nicht in einer Zwangslage, wohl aber dann, wenn er in wirtschaftlicher Not ist und verkaufen „muss“. Die Rechtsordnung schreitet in solchen Fällen ein, wenn der Preis die Wuchergrenze unterschreitet. Aus dem gleichen Grunde handelt der Süchtige aus „Zwang“, wenn er über keine vernünftigen Handlungsalternativen verfügt und das evident unangemessene Angebot des Dealers annehmen musste, als Gegenleistung für den Stoff X zu verprügeln. Dass sich die Optionen des Süchtigen durch das Angebot des Dealers erweitert haben, mag formal betrachtet zutreffen. Da ihm jedoch nur unangemessene Optionen zur Wahl stehen, kann bei wertender Betrachtung kaum davon gesprochen werden, dass er eine „freiwillige“ Entscheidung trifft. Ihm die Entscheidung darüber zu überlassen, was angemessen ist, erscheint gerade nicht sachgerecht, wenn diese Entscheidung unter Zwang erfolgt. Es ist eine mit dem geltenden Recht genauso wenig wie mit dem Gerechtigkeitsempfinden zu vereinbarende Verengung der Perspektive, wenn man verlangt, dass Unfreiwilligkeit nur gegeben ist, wenn dieser Zustand durch den Kontrahenten selbst herbeigeführt worden sein muss. Auch *Gutmann* toleriert fairer Weise Rechtsregeln, die Ausbeutung und Wucher sanktionieren. Der tiefere Grund für diese Regeln besteht freilich darin, dass diese Regeln den Begünstigten davor schützen sollen, dass er unfreiwillig unangemessene Verträge schließt. § 138 Abs. 2 BGB zeigt unmissverständlich, dass die Ausnutzung einer Zwangslage missbilligenswert ist.

Es liegt auf der Hand, dass sich der Ertrinkende in einer Zwangslage befindet, unabhängig davon, ob den Bootsführer die strafrechtlich bewehrte Pflicht zur Rettung trifft. Wer für seine Rettung Geld anbietet, tut dies nicht freiwillig, weil er lediglich die Wahl zwischen Übeln

und somit keine vernünftige Alternative hat. Der BGH hat recht: Wer in einer Zwangslage des Opfers diesem in Aussicht stellt, ein drohendes Übel zu unterlassen, wenn dieser bereit ist, ein anderes Übel auf sich zu nehmen, kann seine Intentionen ebenso effektiv verfolgen wie andere, die mit einem Tun drohen.¹⁷ Deshalb erfolgte die Einwilligung in das Angebot des Kaufhausdetektivs, die Strafanzeige gegen sexuelle Dienstleistungen zu unterlassen bzw. die Strafanzeige des Kollegen nicht weiterzuleiten, nicht freiwillig. Die Entscheidung für das eine Übel – die sexuellen Dienste – ist durch die Aussicht, ein anderes Übel – die Strafanzeige – vermeiden zu können, „herausgefordert“ worden. Davon zu unterscheiden sind Fälle, in denen mit dem Unterlassen von „Wohltaten“ gedroht wird, auf die der Adressat der Drohung keinen Anspruch hat. Natürlich liegt im Allgemeinen keine Nötigung vor, wenn jemand seiner Freundin droht, sie nicht zu heiraten, wenn sie nicht den Beruf aufgibt oder die Konfession wechselt.¹⁸ Die unterschiedliche Beurteilung solcher Fälle beruht darauf, dass man den Verzicht auf Leistungen, auf die man keinen Anspruch hat, grundsätzlich ertragen muss. Dagegen muss man nicht ertragen, dass jemand den Eintritt eines Übels wie die Strafverfolgung herbeiführt bzw. nicht verhindert, obwohl er es könnte. Entscheidend ist, dass der Drohende die Verwirklichung eines empfindlichen Übels beherrscht und als Mittel der Drohung benutzt. Es ist daher in der Tat richtig, denjenigen wegen Nötigung zu bestrafen, der als Gegenleistung für die unterlassene oder verhinderte Erstattung einer Strafanzeige sexuelle Handlungen verlangt. Umgekehrt darf man die Eheschließung davon abhängig machen, dass man einen Ehevertrag unterzeichnet oder die Konfession wechselt. Man darf die Erbeinsetzung davon abhängig machen, dass der künftige Erbe standesgemäß heiratet, genauso wie man den Abschluss eines Geschäfts platzen lassen kann, wenn man sich über den Preis nicht einigt. In den zuletzt genannten Fällen wird nicht mit der

¹⁷ BGHSt 31, 195 (201).

¹⁸ Bsp. nach Roxin, JR 1983, 331 (336).

Zufügung eines Nachteils gedroht, sondern lediglich der Verzicht auf eine Vermögensmehrung zugemutet, auf die man keinen Anspruch hat und die – von Notlagen abgesehen – deshalb nicht als „Übel“ angesehen werden kann.

Für den weiteren Gang der Untersuchung gehe ich davon aus, dass das Ziel der Tagung nicht nur darin besteht, das breite Spektrum an Konstellationen zu diskutieren, in denen ein Vertragspartner die Willensentschließung des anderen aufgrund dessen intellektueller, psychischer, sozialer oder wirtschaftlicher Unterlegenheit beeinflussen konnte. Ob dies freiwillig geschehen ist oder nicht, ist von untergeordneter Bedeutung, weil die Rechtsordnung in sehr viel weiter gehenden Maße unangemessene Einwirkungen auf die Willensentschließung eines Vertragspartners zu sanktionieren und kompensieren sucht. Dies erkennt auch *Gutmann* an und verlangt zur Begründung der Lastenverschiebung auf den Vertragspartner im Sinne der *iustitia distributiva* lediglich mehr als „den bloßen Hinweis darauf, dass einer der Beteiligten vor einer schwierigen oder unangenehmen Entscheidung stand“¹⁹. Jene Fälle, in denen der Vertragsmechanismus versagt, weil einer der Partner ein so starkes Übergewicht habe, dass er die vertraglichen Regelungen faktisch einseitig setzen konnte, fielen ohnehin aus dem Rahmen, weil es nicht um „Angebote“ handele.²⁰ Das spricht freilich dafür, dass die Kategorie Freiwilligkeit – wenn man sie so eng versteht wie *Gutmann* – nicht ausreicht, um die Probleme der Ungleichgewichtslagen und Störungen der Willensbildung beim Vertragsschluss erschöpfend zu erfassen. Für den weiteren Verlauf der Untersuchung gehe ich deshalb von einem breiteren Untersuchungsgegenstand und einem weiten Begriff der Unfreiwilligkeit aus. Danach kommen Verträge unfreiwillig zustande, wenn sich einer der Kontrahenten in einer Zwangslage befindet und der andere diese Lage unangemessen aus-

¹⁹ Gutmann, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, 2000, S. 125.

²⁰ Gutmann, a.a.O., 235 f., Fn. 1170.

nutzt. Das sind alles Fälle, in denen die erteilte „Einwilligung“ problematisch ist.

2. Unfreiwilligkeit und andere Störungen der Willensbildung bei der „Einwilligung“ im Zivilrecht

Die zentrale Bedeutung der „Einwilligung“ im Zivilrecht beruht darauf, dass dieses geprägt ist von einer formalen Freiheitsethik, die auf den Grundpfeilern der Anerkennung des Privateigentums sowie der Vertrags- und Testierfreiheit beruht. Der Vertragsmechanismus soll – nach der berühmten Formel Schmidt-Rimplers – „Richtigkeitsgewähr“ bieten, weil jeder Vertragspartner selbst aus eigenem Interesse prüft, ob die vertraglich übernommenen Verpflichtungen angemessen sind²¹. *Volenti non fit iniuria!* Folgerichtig muss das Gesetz Vorkehrungen treffen, wenn einer der Vertragspartner bei seiner „Einwilligung“ nicht oder nur in beschränktem Maße über die Fähigkeit zur Selbstbestimmung verfügt, wie Minderjährige, Betreute oder Geschäftsunfähige. Es bedarf Vorkehrungen zum Schutz vor Störungen der Willensbildung bei Irrtümern und rechtswidriger Beeinflussung durch Täuschung und Drohung sowie bei der Ausnutzung von Zwangslagen. Darüber hinaus hat sich vor allem in der 2. Hälfte des vergangenen Jahrhunderts gezeigt, dass die vom Gesetzgeber vorausgesetzte natürliche Selbstregulierung durch den Vertragsmechanismus nur funktionieren kann, wenn nahezu gleich starke Partner ohne soziales oder wirtschaftliches Gefälle aufeinandertreffen. Diese utopische Vorstellung musste vor allem auf Gebieten korrigiert werden, in denen der schwächere Vertragspartner geradezu existentiell darauf angewiesen war, Verträge abzuschließen. Das sind alles Fälle, in denen die Freiwilligkeit der Einwilligung bzw. des Vertragsschlusses in Frage steht, weil der schwächere Vertragsteil zwischen dem Übel eines vertraglosen Zustandes und

²¹ AcP 147 (1941) 157 und öfter; Singer, JZ 1995, 1137.

entsprechender sozialer Not und dem Übel eines unangemessenen Vertrages wählen muss. Zu den Rechtsgebieten, in denen diese Spannungslage am Deutlichsten hervortritt, gehört das Arbeitsrecht.

a) Arbeitsrecht

aa) Strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers

Das moderne Arbeitsrecht bietet weitreichenden Schutz vor unangemessenen Arbeitsbedingungen. Die Vielzahl an Vorschriften und institutionellen Vorkehrungen zum Schutze des Arbeitnehmers wie die Gewährleistung der Tarifautonomie und die betriebliche Mitbestimmung sind ohne Zweifel das Resultat einer typisierenden Betrachtung, die von einer strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers ausgeht. Anders als der Käufer einer Sache kann der Arbeitnehmer im Regelfall nicht ausweichen und den Abschluss eines unangemessenen Vertrages ablehnen, ohne zugleich seine Existenz zu riskieren. Auch die im Jahre 2002 in Kraft getretene Reform des deutschen Schuldrechts beruht auf diesem Grundgedanken der fehlenden Vertragsparität und hat die Rechtsstellung der Arbeitnehmer im Vertragsrecht noch einmal deutlich gestärkt: Anders als nach früherem Recht ist nun ausdrücklich vorgesehen, dass Arbeitsverträge einer Inhaltskontrolle unterliegen, also auf ihre inhaltliche Angemessenheit überprüft werden – genauso wie Allgemeine Geschäftsbedingungen und Formularverträge.

Der von den Skeptikern erhobene Einwand, die These vom strukturellen Ungleichgewicht sei empirisch nicht belegt und auch nicht belegbar,²² überzeugt nicht. Angesichts der historischen Erfahrungen früherer Jahrhunderte mit Kinderarbeit und massenhafter Ausbeutung muss man schon von Blindheit geschlagen sein, wenn man die typische

²² Zöllner, AcP 176 (1976) 221; ders., AcP 196 (1996), 1 (15 ff.); ders., Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, 1996, 36 mit Fn. 68.

Unterlegenheit des Arbeitnehmers nicht wahrhaben will. Es entspricht auch dem normativen Verständnis des Gesetzgebers, dass zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Kräfteungleichgewicht herrscht, das der Kompensation durch zwingende Schutzvorschriften bedarf.²³ Das zeigen nicht nur die vielen arbeitsrechtlichen Schutzgesetze, sondern auch die Bestimmungen des reformierten AGB-Rechts. Gemäß § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB unterliegen für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen einer Angemessenheitskontrolle, und gemäß § 310 Abs. 3 BGB wird dieser Schutz ausgedehnt auf jeden vom Arbeitgeber vorformulierten Vertrag, wenn dieser nicht individuell ausgehandelt oder auf Initiative des Arbeitnehmers in den Vertrag einbezogen worden ist.

bb) Arbeitnehmer als Verbraucher

§ 310 Abs. 3 BGB gilt zwar nur für sog. Verbraucherverträge, aber das Bundesarbeitsgericht hält Arbeitnehmer für „Verbraucher“.²⁴ Das ist zwar umstritten, aber sachlich gerechtfertigt, weil natürliche Personen, die Verträge zu einem Zweck abschließen, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, nach der Legaldefinition des § 13 BGB als Verbraucher gelten. Ich gebe zu, dass es etwas gewöhnungsbedürftig ist, Arbeitnehmer als „Verbraucher“ anzusehen. Sie treten nicht bei der Nachfrage nach Produkten oder Dienstleistungen auf, sondern geradezu als „Anbieter“ von Diensten! Aber sind solche Spiele mit Begriffen gerechtfertigt? Der Gesetzgeber hat nun einmal eine konkrete Definition vorgenommen und sich nicht am allgemeinen Sprachgebrauch orientiert. Entscheiden sollten teleologische Argumente. Es sollte darauf ankommen, ob Arbeitnehmer es verdienen, wie andere Verbraucher geschützt zu werden. Unter diesem Aspekt habe ich keine Bedenken, Arbeitnehmer vor unangemessenen Verträgen zu schützen, wenn die

²³ MünchArb/Richardi, 3. Aufl. (2009), Bd. I, § 12 Rn 35.

²⁴ BAG 25.05.2005, AP Nr. 1 zu § 310 BGB.

Vertragsbedingungen vom Arbeitgeber und nicht vom Arbeitnehmer in den Vertrag eingeführt wurden (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Daraus folgt, dass Arbeitsverträge lückenlos auf ihre Angemessenheit zu kontrollieren sind, um das Defizit an Selbstbestimmungsfreiheit zu kompensieren.

Aus diesem Grunde unterliegen z.B. Klauseln in Arbeitsverträgen, die den Arbeitnehmer zur Rückzahlung von Ausbildungskosten oder von Weihnachtsgratifikationen verpflichten, einer Inhaltskontrolle, um eine unverhältnismäßige Beschränkung der Berufsfreiheit zu verhindern. So kann die Rückzahlung nur bei einer Ausbildung verlangt werden, die dem Arbeitnehmer Vorteile auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt bringen kann.²⁵ Die Rückzahlung von Gratifikationen darf den Arbeitnehmer nicht unverhältnismäßig lange an den Arbeitgeber binden, hängt also primär von der Höhe der Gratifikation ab.²⁶ Und übertarifliche Leistungen darf der Arbeitgeber nicht mehr ohne weiteres für die Zukunft wieder einstellen, sondern nur innerhalb einer bestimmten Größenordnung von maximal 30 % und nur dann, wenn er dafür einen sachlichen Grund hat.²⁷ Auf diese Weise wird dem Arbeitgeber eine einseitige Änderung der Arbeitsbedingungen, die ihm nach dem Kündigungsschutzrecht nicht möglich wäre, erschwert, weil das Vertrauen der Arbeitnehmer, die sich in ihrer Lebensführung auf die übertariflichen Leistungen einstellen, Schutz verdient.

cc) Unfreiwillige Aufhebungsverträge

Zu den Bereichen, in denen der Schutz der Arbeitnehmer m.E. nicht ausreichend ist, gehört der Abschluss von Aufhebungsverträgen, zu

²⁵ BAG 06.05.1998, NZA 1999, 79; BAG 29.06.1962, AP Nr. 25 zu Art. 12 GG.

²⁶ BAG 31.03.1966, BAGE 18, 217 ff.; BAG 23.02.1967, DB 1967, 778.

²⁷ BAG 12.01.2005, NJW 2005, 1820; BAG 07.12.2005, NZA 2006, 40; BAG 11.10.2006, NZA 2007, 87; Hanau/Hromadka, NZA 2005, 73; Singer, RdA 2006, 362.

dem sich Arbeitnehmer oft unter dem Druck einer angedrohten Kündigung bereit erklären. Bis zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie durch die am 13.06.2014 in Kraft getretene Neuregelung der §§ 312 ff. BGB lehnte das BAG ein Widerrufsrecht gem. § 312 Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F. ab, obwohl es sich um Verträge handelt, die am „Arbeitsplatz“ angebahnt wurden und daher nach dem Wortlaut des Gesetzes als „Haustürgeschäfte“ anzusehen waren. Nach Ansicht des BAG passt die Vorschrift beim Abschluss von arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen nicht, weil diese – wie sich insbesondere aufgrund ihrer systematischen Stellung im Abschnitt über „Besondere Vertriebsformen“ ergibt – auf Absatzgeschäfte zugeschnitten sei. Aber das hätte es m.E. nicht ausgeschlossen, die Norm trotzdem anzuwenden, weil ihre *ratio legis* einschlägig war. Nach den Umständen, unter denen die Unterzeichnung des Aufhebungsangebots typischerweise stattfindet, spricht eigentlich alles dafür, dass der am Arbeitsplatz mit einem Aufhebungsangebot konfrontierte und in solchen Fällen typischerweise eingeschüchterte Arbeitnehmer den gleichen Schutz verdient wie ein mit missbräuchlichen Vertriebsformen konfrontierter Verbraucher. Immerhin gehören Vertragsverhandlungen am Arbeitsplatz zu den ausdrücklich in § 312 Abs. 1 a.F. BGB genannten Gefährdungslagen. Laut Gesetzesbegründung wurde das Widerrufsrecht u.a. deshalb eingeführt, weil bei einem Ansprechen an der Haustür, auf der Straße oder am Arbeitsplatz die für Ladengeschäfte typische Umkehrmöglichkeit und Überlegungszeit fehlt und es der Verbraucher „häufig nicht fertig bringt“, den Vertragsinteressenten „abzuweisen“.²⁸ Das Szenario ist zwar auf den Warenabsatz zugeschnitten, aber die gleichen Faktoren, die den Arbeitnehmer in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen (fehlende Umkehrmöglichkeit und Überlegungszeit, psychische Hemmung, das Angebot auszuschlagen), beeinflussen ihn genauso stark beim Angebot eines Aufhebungsvertrages am Arbeitsplatz. Am Ort des Vertragsschlusses, zu dem ja auch das Büro des

²⁸ BT-Drs. 10/2876, S. 6; vgl. auch Schleusener, NZA 2002, 949, 951.

Personalchefs gehört, besteht – wie die zahllosen Fälle beweisen, in denen Arbeitnehmer ihren Entschluss später bereut haben – eine besondere Gefährdungslage, die der von Vertreterbesuchen an der Haustür in nichts nachsteht.

Nach der Neufassung der §§ 312 ff BGB ist der Anwendungsbereich des Haustürwiderrufsrechts zwar modifiziert. Es besteht nunmehr bei Verträgen, die „außerhalb von Geschäftsräumen des Unternehmers“ abgeschlossen wurden (§§ 312 b, g BGB n.F.). Doch ändert dies nichts an der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers. Zu den „Geschäftsräumen“ gehört nicht der Arbeitsplatz²⁹ bzw. das Büro des Personalchefs, weil es sich nicht um Orte handelt, an denen der Unternehmer üblicherweise seine „Geschäfte“ abwickelt. Und schutzwürdig ist der Arbeitnehmer auch, weil er nicht über die bequemen Ausweichmöglichkeiten verfügt, die beim Ansprechen in Geschäftslokalen normalerweise bestehen.

Die Unfreiwilligkeit des Aufhebungsvertrages wird mit dem Argument bestritten, dass der Arbeitnehmer ja nur „Nein“ zu sagen brauche.³⁰ Dabei wird verkannt, dass der Arbeitnehmer in der konkreten Situation nicht abschätzen kann, ob ihm diese Option ernsthaft offen steht. Wer aber glaubt, keine Alternative zu haben und nicht ausweichen zu können, handelt unfreiwillig. Davon gehen ja auch die Vorschriften aus, die den Verbraucher bei Haustürgeschäften und Kaffeefahrten schützen sollen. Es strapaziert schon sehr das Rechtsempfinden, dass man beim Kauf eines Staubsaugers stärker geschützt werden soll als beim Abschluss eines Vertrages, durch den man die Sicherung seiner Existenz aufgibt und womöglich verliert.³¹

²⁹ Palandt/Grüneberg, BGB, 15. Aufl. 2015, § 312b Rn 4.

³⁰ BAG 14.02.1996, NZA 1996, 811 (812).

³¹ Vgl. schon Singer, RdA 2003, 194, 196; für ein Widerrufsrecht des Arbeitnehmers auch Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, 173, 178; Schleusener, NZA 2002, 949, 951.

dd) Drohung mit rechtswidriger Kündigung

Von Freiwilligkeit kann auch keine Rede sein, wenn dem Arbeitnehmer, der nicht unterschreibt, die Kündigung droht, was regelmäßig der Fall ist. Dies ist ein Übel, das der Arbeitnehmer nur dulden muss, wenn die angedrohte Kündigung wirksam wäre. Das BAG hält es zwar für möglich, dass der Arbeitnehmer den im Anschluss an die vom Arbeitgeber ausgesprochene Drohung mit einer fristlosen Kündigung unterzeichneten Aufhebungsvertrag – oder was dem gleichsteht – vom Arbeitnehmer erklärte Eigenkündigung gem. § 123 BGB anfechten kann.³² Aber in der Praxis hat die Anfechtung nur selten Erfolg, weil das BAG die Drohung bereits dann für rechtmäßig hält, wenn ein verständiger Arbeitgeber eine Kündigung für berechtigt ansehen durfte.³³ Das ist nur dann nicht der Fall, wenn er selbst nicht an seine Berechtigung glaubt oder sein Rechtsstandpunkt nicht mehr vertretbar ist.³⁴ Für diesen großzügigen Maßstab – den verständigen Arbeitgeber – gibt es weder einen Anhaltspunkt im Gesetz, noch eine prüffähige Bezugsgröße. Rechtskonform ist nur eine Lösung, bei der die Rechtmäßigkeit der angedrohten Kündigung in vollem Umfang am Maßstab des Kündigungsrechts geprüft wird. Kommt das Gericht bei dieser Inzidentprüfung zu dem Ergebnis, dass die Kündigung nicht rechtswirksam gewesen wäre, sollte die Anfechtung des Arbeitnehmers wegen widerrechtlicher Drohung gem. § 123 BGB durchgreifen, ohne dass es auf das Widerrufsrecht gem. § 312 BGB ankäme.

³² Eigenkündigung: BAG 03.07.2003 – 2 AZR 327/02, juris; Aufhebungsvertrag: 28.11.2007, BAGE 125, 70 (83); beide bestätigt durch BAG 09.06.2011, NZA-RR 2012, 129 (130).

³³ BAG 30.09.1993, BAGE 74, 281 (285); BAG v. 12.08.1999, AP § 123 BGB Nr. 51 unter II. 1. der Gründe; 05.12.2002, AP § 123 BGB Nr. 63, unter B. I. 1. der Gründe; 03.07.2003, – 2 AZR 327/02 –, Rn 15, juris.

³⁴ BGH 19.04.2005, NJW 2005, 2766 (2768 f.); BAG 28.11.2007, BAGE 125, 70 (85).

b) Verbraucherschutz

Nachdem im arbeitsrechtlichen Kontext der Verbraucherschutz schon zur Sprache gekommen ist, bietet es sich an, das Konzept der einschlägigen Vorschriften daraufhin zu analysieren, inwiefern die Freiwilligkeit der Verbraucherentscheidung Anknüpfungspunkt für die verschiedenen Schutzinstrumente ist.

aa) Schutz vor psychisch motiviertem Abschlusszwang und unüberlegten Entscheidungen

Im Ausgangspunkt geht es wie bei der Inhaltskontrolle um eine Kompensation des Ungleichgewichts der Kräfte beim Zustandekommen der Verträge. Bei den bereits angesprochenen Haustürgeschäften beruht dieses auf der Vertriebs- und Absatzstrategie des Unternehmers, der die psychologische Hemmung des Verbrauchers, sich dem angebotenen Vertragsschluss – dem Kauf der Rheumadecke – zu entziehen, ausnutzt. Indem der Gesetzgeber diesem psychischen Zwang Rechnung trägt, schützt er den Verbraucher vor Entscheidungen, die – freilich in einem sehr weiten Sinne – nicht als freiwillig angesehen werden können. Anders verhält es sich bei Fernabsatzgeschäften. Hier geht es vor allem um den Schutz vor Entscheidungen, die auf ungenügenden oder unsicheren Informationen beruhen. Dies ist auch eines des wesentlichen Ziele, die den Informationspflichten beim Verbraucherkreditgeschäft zugrunde liegen. Darüber hinaus besteht bei Kreditgeschäften die naheliegende Gefahr übereilter Entscheidungen, die unter Umständen in einer finanziellen Notlage begründet sind, so dass das dem Kreditnehmer eingeräumte Widerrufsrecht insoweit auch der potentiellen Unfreiwilligkeit solcher Geschäfte Rechnung tragen soll. Beim Verbrauchsgüterkauf wird der Verbraucher durch eine Reihe zwingender Normen davor geschützt, dass er Kaufverträge zu unangemessenen Bedingungen abschließt. Dies beruht regelmäßig auf der strukturellen Unterlegenheit des Verbrauchers, der mit einem Unter-

nehmer als Verkäufer kontrahiert, wohl nur selten auf der Unfreiwilligkeit des Vertragsschlusses, da im Regelfall niemand auf den Kauf von Sachen angewiesen ist und ohne besondere Zwangslage – wie sie z.B. bei Haustürgeschäften besteht – niemand zum Abschluss von Kaufverträgen gezwungen ist.

bb) Schutz von Reichen und Professoren

Ein grundsätzliches Problem des Verbraucherschutzes besteht darin, dass der Schutz auch solchen Personen zu Gute kommt, die prima facie wenig schutzwürdig scheinen – z.B. Professoren der Rechtswissenschaft.³⁵ Dies hängt wiederum damit zusammen, dass die Verkehrsfähigkeit des Vertragsrechts Typisierungen erfordert und aus Rechtssicherheitsgründen daher zwangsläufig nicht danach gefragt werden darf, ob die geschützte Person im konkreten Einzelfall wirklich unterlegen war. Deshalb kommt auch ein prominenter Fußballspieler oder Fernsehmoderator in den Genuss von Arbeitnehmerschutzvorschriften. Und der „reiche Mieter“³⁶ genießt genauso Schutz vor Kündigung und Mieterhöhung wie der arme und sozial schwache Mieter. Wenn vermögende und gebildete Verbraucher auch geschützt werden, könnte man daran zweifeln, ob der Schutz des Verbrauchers wirklich eine soziale Errungenschaft ist. „Verbraucher ist jedermann“, schreibt *Canaris*³⁷ und versucht die Sonderstellung des Verbraucherrechts durch eine Umkehrung des Blickwinkels zu erklären: Es sei nicht zu fragen, warum Verbraucher besonders schutzwürdig sind, sondern umgekehrt, warum Menschen bei ihrer gewerblichen oder selbständi-

³⁵ So fragt Zöllner, AcP 188 (1988) 85 nach dem „Freiheitswert bestimmter neuer zivilrechtlicher Errungenschaften ... wie er z.B. darin liegen soll, dass Persönlichkeiten wie Marcus Lutter oder Eike von Hippel ein Haustürgeschäft widerrufen dürfen“.

³⁶ Adomeit, NJW 1981, 2168 f.

³⁷ Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273 (360 f.).

gen Berufstätigkeit weniger schutzwürdig oder – bedürftig sind. Auch bei dieser Verschiebung der Perspektive erhält man freilich keine befriedigende Antwort auf die Frage, warum der reiche Mieter oder der kompetente Professor der Rechte nicht wie ein professioneller Verkehrsteilnehmer behandelt wird. Diese Frage stellt sich auch bei dem Wechsel der Perspektive. So oder so geht es um die Bildung zweier Gruppen, die – bei typisierender Betrachtung – unterschiedlich schutzwürdig sind. Wenn man die eine Gruppe für gewandter und kompetenter hält, ist damit automatisch das Urteil verknüpft, dass die andere Gruppe – typischerweise – nicht über diese Eigenschaften verfügt, also „unterlegen“ ist. Diese Unterlegenheit beruht – wie dargelegt – teilweise auf situativen Umständen, teilweise aber auch auf einem Machtgefälle der beteiligten Akteure. Wenn nun aber das Recht die „Ohnmächtigen“ schützt, lässt sich die „soziale“ Zielsetzung der Gesetze zum Schutz des Verbrauchers kaum leugnen. Es geht um den Schutz des Schwächeren und nicht nur um Fairness, da diese auch der professionelle Vertragspartner erwarten dürfte. Im Übrigen muss der Gesetzgeber schon aus Rechtssicherheitsgründen typisieren und folglich darauf verzichten, den Verbraucherschutz von der konkreten Schutzwürdigkeit des einzelnen Konsumenten abhängig zu machen. So kommt es, dass auch Professoren der Rechte Haustürgeschäfte oder Fernabsatzverträge widerrufen können, auch wenn sie in der Regel weder intellektuell noch sozial als „schwach“ eingestuft werden können und man ihnen durchaus zumuten könnte, sich selbst zu helfen und sie gewiss nicht unfreiwillig handeln.

c) AGB-Kontrolle

aa) Schutz vor Fremdbestimmung im Allgemeinen

Die Schutzbedürftigkeit des Kunden, der mit AGB des Verwenders konfrontiert wird, beruht teilweise auf den gleichen Gründen wie der Verbraucherschutz. Die Einbeziehung von AGB in einen Vertrag be-

ruht in aller Regel nicht auf einer freien und eigenverantwortlichen Entscheidung des Kunden, sondern darauf, dass er sich den gestellten Bedingungen unterwirft. Dies geschieht häufig schon deshalb, weil der Kunde aus Gründen, die mit seiner sozialen, wirtschaftlichen und/oder intellektuellen Unterlegenheit keine Chance hat, eine Änderung der AGB zu erreichen. Darüber hinaus beruht der Verzicht auf Verhandlungen über einzelne Klauseln auf rationalem ökonomischem Verhalten. Es wäre eine unsinnige Verschwendung von Zeit und Kosten, wenn der Kunde viel Mühe darauf verwenden würde, eine Bestimmung über die Transportkosten oder eine Entschädigung für die Nutzung der ausgetauschten oder zurückgegebenen mangelhaften Sache zu seinen Gunsten zu erreichen, spielt diese Frage doch nur im seltenen Fall eines Sachmangels eine Rolle. Umgekehrt stellt es für den Verkäufer, der viele Sachen verkauft, einen lohnenden Aufwand dar, für diesen Fall durch günstige Gestaltung der Vertragsklauseln Vorsorge zu treffen.³⁸ Das Schutzbedürfnis des Kunden folgt also aus dem Versagen des Vertragsmechanismus und daher aus einem Grund, der einen Schutz vor der daraus resultierenden Gefahr der Fremdbestimmung erfordert. Fremdbestimmung und Zwang zur unfreiwilligen Entscheidung sind nur unterschiedliche Facetten der Einflussnahme auf die Selbstbestimmungsfreiheit des betroffenen Kunden.

bb) Schutz vor Fremdbestimmung bei Vertragsschlüssen im Internet

Das gilt vor allem bei der Verwendung von AGB im Internet. Erst wenn der Kunde sein Einverständnis mit den Vertragsbedingungen des Verwenders erklärt hat, gibt das Programm den nächsten Schritt zum Vertragsabschluss frei. Es besteht zwar die theoretische Möglichkeit, die AGB zur Kenntnis zu nehmen; Verhandlungen oder sogar bloße Nachfragen sind aber technisch ausgeschlossen. Deshalb liest auch

³⁸ MünchKomm/Basedow, BGB, 6. Aufl. 2012, vor § 305 Rn 5.

niemand mehr Vertragsbedingungen, deren äußere und inhaltliche Gestaltung geradezu darauf abzielt, von ihrem Inhalt mit vertretbarem zeitlichem Aufwand Kenntnis zu nehmen, von einer rechtlichen Prüfung ganz zu schweigen. Gerade einmal anderthalb Sekunden soll nach Untersuchungen des britischen Computerwissenschaftlers *Tom Rodden* die durchschnittliche Verweildauer am Menüpunkt „Ich akzeptiere“ dauern.³⁹ Dieses Verhalten oder eher Unterlassen lässt sich nur mit der von den Kunden erkannten Ohnmacht sowie dem blinden Vertrauen darauf, dass es nicht zu Konflikten kommen werde und im Notfall die Gerichte einschreiten, erklären. So oder so bedarf es zum Ausgleich für das mehr oder weniger erzwungene Verhalten der Kunden einer effektiven AGB-Kontrolle durch die Judikatur.

Gegen die Fremdbestimmung durch den Verwender der AGB hilft nur eine umfassende Inhaltskontrolle des Regelwerks. Geringere Eingriffe in die Privatautonomie des Verwenders kommen nicht ernsthaft in Betracht. Eine dem Kunden eingeräumte Bedenkzeit wäre keine effektive Hilfe für den Kunden, da dieser allein drei Monate im Jahr brauchen würde, um die von ihm akzeptierten AGB zu lesen, geschweige denn zu verstehen.⁴⁰ Hinzukommt, dass eine umfassende rechtliche Prüfung dieser Klauselwerke unverhältnismäßig wäre, steht doch im Moment des Vertragsschlusses überhaupt nicht fest, auf welche Klauseln es später einmal – wenn überhaupt – ankommt. Die Einräumung von Widerrufsrechten ist ebenfalls keine adäquate Hilfe, da diese zwar zu einer Rückabwicklung des gesamten Geschäftes führen, aber nicht einzelne unbillige Klauseln außer Kraft setzen können. So gewährleistet die gesetzliche Regelung der AGB Rechtssicherheit und macht Internetportale für aufgeklärte Kunden überhaupt erst nutzbar.

³⁹ Zit. nach Hannes Grassegger, Der Haken an der Sache, SZ Magazin Nr. 23, 06.06.2014, S. 24.

⁴⁰ Ebd. (Fn. 39).

d) Fremdbestimmung durch Ausnutzen von Zwangslagen

aa) Die Rechtsprechung des BVerfG zum Schutz vor Fremdbestimmung

Zum Thema Freiwilligkeit gehören auch die spektakulären Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht Entscheidungen der Zivilgerichte korrigiert hat, weil diese zivilrechtliche Verträge, die unter Ausnutzung von Zwangslagen zustande gekommen waren, trotz ihrer übermäßigen Belastungen für den unterlegenen Teil für unbedenklich gehalten hatten. Privatautonomie beruht jedoch – wie das Verfassungsgericht zu Recht ausführt – auf dem Prinzip der Selbstbestimmung, setze also voraus, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben seien. Wenn es an einem „annähernden Kräftegleichgewicht“ der Beteiligten fehle, so dass eine Vertragspartei vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen könne, bewirke dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Zu seinem Schutz müsse dann der Gesetzgeber eingreifen, und wenn dieser untätig bleibe, die Rechtsprechung.⁴¹ Dabei ging das Gericht im Handelsvertreter-Fall von einer strukturellen Unterlegenheit des Vertreters aus, weil dieser von seinem Prinzipal wirtschaftlich abhängig war und gezwungen war, in der Vereinbarung über ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot auf eine Karenzentschädigung zu verzichten, wenn der Unternehmer durch schuldhaftes Verhalten des Handelsvertreters zur außerordentlichen Kündigung gezwungen war.⁴²

Im Bürgschafts-Fall hatte die zum Zeitpunkt der Bürgschaftserklärung 21-jährige Bürgin unter dem Druck der familiären Verbundenheit zu ihrem Vater und dem Drängen des Sparkassenangestellten, der das Ausmaß des Risikos bagatellisiert hatte („Sie gehen keine große Ver-

⁴¹ BVerfGE 81, 242 (255 f.).

⁴² BVerfGE 81, 242 (260 ff.).

pflichtung ein“), eine Bürgschaft über 100.000.- DM übernommen. Auch hier lag eine „typisierbare Fallgestaltung“ vor, die „eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen“ ließ und zum Abschluss eines Vertrages führte, der für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend“ war.⁴³

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht auch die ungleiche Lastenverteilung in einem Ehevertrag nicht toleriert, wenn dieser vor der Ehe und im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft der Frau geschlossen worden ist. Es liegt auf der Hand, dass ein Ehevertrag alles andere als freiwillig abgeschlossen wird, „wenn eine nicht verheiratete schwangere Frau sich vor die Alternative gestellt sieht, in Zukunft entweder allein für das erwartete Kind Verantwortung und Sorge zu tragen oder durch Eheschließung den Kindesvater in die Verantwortung einzubinden, wenn auch um den Preis eines mit ihm zu schließenden, sie aber stark belastenden Ehevertrages“⁴⁴. Diese Zwangslage schwäche ihre Verhandlungsposition, so dass zu ihrem Schutz geprüft werden müsse, ob der Ehevertrag eine ausgewogene, nicht nur die Interessen des Ehemannes einseitig berücksichtigende Regelung enthalte.

bb) Verbotene Ausbeutung von Zwangslagen und die Verallgemeinerung des Rechtsgedankens des § 138 Abs. 2 BGB

In allen Fällen trafen die benachteiligten Vertragspartner keine freiwilligen Entscheidungen, weil sie sich in Zwangslagen befunden hatten und das Ansinnen eines belastenden Vertrages nur um den Preis eines

⁴³ BVerfGE 89, 214 (232).

⁴⁴ BVerfGE 103, 89 (102); s. ferner BVerfG NJW 2001, 2248; Schwenzer, AcP 196 (1996) 88 (108 ff.). – Der BGH hat lange Zeit keine Rücksicht auf die Zwangslage des Ehegatten genommen, vgl. noch BGH FamRZ 1997, 156; inzwischen unterliegen Eheverträge einer intensiven Inhaltskontrolle, grundlegend BGH FamRZ 2004, 601.

größeren Übels zurückweisen konnten. Es handelt sich um Fälle, die sehr nahe am Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB angesiedelt sind, so dass sich hinter der praktizierten Rechtsfortbildung nicht – wie von den Kritikern behauptet wird – die Formulierung eines allgemeinen Prinzips verbirgt, sondern die tatbestandlich durchaus begrenzte Ausdehnung einer – wie sich zeigt – zu eng gefassten Vorschrift auf rechtsähnliche Konstellationen.⁴⁵ § 138 Abs. 2 BGB verbietet die „Ausbeutung der Zwangslage“ des anderen Vertragsteils, und genau darum geht es, wenn Kreditinstitute die Kreditvergabe an den Hauptschuldner davon abhängig machen, dass sich Familienangehörige verbürgen. Freiwillig handelt niemand, der vor der Alternative steht, eine belastende Bürgschaft zu übernehmen oder in Kauf zu nehmen, dass der nahe Angehörige keinen Kredit erhält und seine wirtschaftliche Existenz aufgeben muss.

Die Sittenwidrigkeit und Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts macht nun § 138 Abs. 2 BGB zusätzlich davon abhängig, dass sich der Gläubiger für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen. Evident unangemessen sind freilich nicht nur Verträge, bei denen Leistung und Gegenleistung in einem „auffälligen Missverhältnis“ stehen, sondern auch solche, bei denen offensichtlich kein ausgewogener Ausgleich der beiderseitigen Interessen erfolgte und die deshalb für eine Seite „ungewöhnlich belastend“ sind. Wäre im Handelsvertreter-Fall das Wettbewerbsverbot ohne Karenzentschädigung wirksam gewesen, wäre der Handelsvertreter auf die Dauer von zwei Jahren seiner wirtschaftlichen Existenzgrundlage beraubt gewesen.⁴⁶ Um einschneiden-

⁴⁵ Den Modellcharakter von § 138 Abs. 2 betonen auch Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat* 1999, 270; Canaris, *AcP* 200 (2000) 273 (296).

⁴⁶ Das Obsiegen des Handelsvertreters vor dem Bundesverfassungsgericht kommt dagegen nach Ansicht von Zöllner wegen dessen „Doppelspiels“ einem Skandal nahe, Zöllner, *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat* 1996, 36, Fn. 68.

de Folgen geht es schließlich auch bei der Unterzeichnung von Unterhaltsvereinbarungen, die vom gesetzlichen Leitbild stark abweichen. Wer auf gesetzliche Unterhaltsansprüche für den Fall des Scheiterns der Beziehung verzichtet und verabredungsgemäß sich der Kinderbetreuung widmet, ist im Ernstfall ebenfalls existentiell betroffen.

Ehepartner, die auf den Kernbestand von Unterhaltsleistungen verzichten – insbesondere auf den Betreuungsunterhalt –, sind dazu im Regelfall nur bereit, weil sie sich in einer unterlegenen Position befinden. Sie müssen wählen zwischen einer Ehe, in der es keinen oder keinen ausreichenden Betreuungsunterhalt gibt, und einem Verzicht auf die Ehe. Dem trägt die Rechtsprechung der Zivilgerichte inzwischen Rechnung, indem sie den Kernbereich des Unterhaltsrechts der Dispositionsfreiheit entzieht und entsprechende Unterhaltsverzichtsvereinbarungen für unwirksam erklärt. Solche Vereinbarungen werden nicht „freiwillig“ abgeschlossen, sondern unter dem Druck, den Partner zu verlieren. Dabei handelt es sich um eine schützenswerte Position, auch wenn es keinen Anspruch darauf gibt, geheiratet zu werden.

cc) Psychischer Druck durch Anreizsysteme

Neben den gerade erörterten klassischen Zwangslagen rücken in den letzten Jahren immer mehr Fälle psychischen Drucks durch Anreizsysteme in das Bewusstsein der Öffentlichkeit und damit auch der Rechtsprechung. Mit der Gewährung eines finanziellen Vorteils soll dabei die Entscheidungsfreiheit des Handelnden beeinflusst werden. In jüngster Zeit waren finanzielle Anreize eines Brillenherstellers für Augenärzte⁴⁷ und solche eines Rechtsschutzversicherers für den Verzicht auf die freie Anwaltswahl⁴⁸ Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten. Im Brillenwerbungsfall erhielten Augenärzte eine Vergütung von 80 €,

⁴⁷ BGH NJW-RR 2011, 260 (261 f.) – Brillenversorgung II.

⁴⁸ BGHZ 199, 170 (184 ff.); LG Frankfurt, NJW 2014, 2204 n.rkr.

wenn der Patient beim Hersteller eine mittels Computersteuerung angepasste Brille bestellte, bei Mehrstärkenbrillen sogar von 160 €. Der BGH hielt diese Vertriebspraxis mit Recht für wettbewerbswidrig, weil die Ärzte zur Wahrung der Interessen ihrer Patienten verpflichtet sind und durch das Inaussichtstellen der beschriebenen finanziellen Vorteile dazu veranlasst sein könnten, ihre Interessenwahrungspflicht zu verletzen.⁴⁹ Demgegenüber war die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher aus Sicht des BGH nicht bereits dadurch unangemessen beeinflusst, dass sich diese womöglich nur deshalb für die beworbenen Brillen entscheiden würden, um den behandelnden Arzt nicht zu enttäuschen oder ihn – etwa bei der Terminvergabe – günstig zu stimmen. Eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher im Sinne von § 4 Nr. 1 UWG liegt nach Auffassung des BGH nur dann vor, wenn der Handelnde diese Freiheit gemäß Art. 8 und 9 der Richtlinie 2005/29/EG durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung im Sinne des Art. 2 Buchst. j der Richtlinie 2005/29/EG erheblich beeinträchtigt.⁵⁰ Die Einwirkung des Arztes auf den Patienten im Streitfalle erreiche nicht das dafür erforderliche Maß.

Die Tatsache, dass das Berufungsgericht das Gegenteil angenommen hat, zeigt deutlich die Schwierigkeiten für den Richter, die Grenzen einer unzulässigen Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers im Streitfall zu bestimmen. Der Einfluss von Ärzteeempfehlungen auf das Verhalten ihrer Patienten sollte nicht unterschätzt werden. Den subtilen Methoden manipulativer Marketingtechniken wird man jedenfalls nicht gerecht, wenn man verlangt, dass „die Rationalität der Verbraucherentscheidung völlig in den Hintergrund treten“ muss.⁵¹ Das Geschäft mit Werbe- und Vertriebspsychologie blüht. Für die Erforschung und Einführung möglichst effektiver und sicherer

⁴⁹ BGH NJW 2011, 260 (261 f.).

⁵⁰ BGH NJW 2014, 3373 (3374).

⁵¹ BGH NJW-RR 2011, 260 (261).

Anreizsysteme werden immer höhere Summen ausgegeben.⁵² Darauf sollte die Rechtsprechung reagieren und die Schwelle senken, ab der psychische Anreize als unangemessene Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers angesehen werden.

Gemessen daran legt auch die Rechtsprechung zu den Anreizpraktiken von Rechtsschutzversicherungen, durch die der Versicherte bei der Wahl seines Rechtsanwalts gelenkt werden soll, einen zu großzügigen Maßstab an. Gem. § 127 Abs. 1 S. 1 VVG ist der Versicherungsnehmer berechtigt, zu seiner Vertretung den Rechtsanwalt aus dem Kreis der Rechtsanwälte, deren Vergütung die Versicherung trägt, frei zu wählen. Die Vorschrift dient der Umsetzung der Rechtsschutzversicherungsrichtlinie, die in Art. 4 Abs. 1 bei Gerichts- oder Verwaltungsverfahren sowie bei Interessenkollisionen dem Versicherten das Recht zur freien Anwaltswahl einräumt. Beschränkungen dieses Rechts bei Massenverfahren hat der EuGH für europarechtswidrig gehalten⁵³, dagegen dem Versicherer gestattet, die Kostenübernahme für auswärtiger Anwälte einzuschränken, da dies die Wahlfreiheit nicht unangemessen einschränke. Anders als der OGH hat der BGH keine Bedenken, wenn dem Versicherten für den Verzicht auf freie Anwaltswahl finanzielle Vorteile gewährt oder – was dem gleichsteht – Nachteile erspart werden. Im OGH-Fall ersparte der Versicherte für den Verzicht auf die freie Anwaltswahl die sonst fällige Selbstbeteiligung in Höhe von 20 % der Verfahrenskosten,⁵⁴ im BGH-Fall auf eine Rückstufung in eine höhere Schadensklasse im Wert von 150–300 €. ⁵⁵ Der BGH begründete sein Urteil damit, dass der Versicherte nicht das

⁵² Grundlage hierfür ist eine immer breitere Datenbasis wie die verhaltensabhängigen Tarife bei Krankenversicherungen zeigen.

⁵³ EuGH NJW 2010, 355.

⁵⁴ OGH VersR 2003, 1330 (1332); Pichler, Österr. Anwaltsblatt 2008, 199 (200 f.).

⁵⁵ BGHZ 199, 170 (184 ff.).

Recht verliere, einen Anwalt seiner Wahl zu beauftragen.⁵⁶ Der Grundsatz, dass an sich unangemessene Vertragsbestimmungen nicht mit einem günstigeren Preis gerechtfertigt werden können,⁵⁷ ist hier zwar nicht unmittelbar einschlägig, weil dem Kunden ja gerade nicht das Recht genommen wird, sich für einen Anwalt seiner Wahl zu entscheiden. Aber es wird der Ausnutzung der psychologischen Anfälligkeit der Versicherungsnehmer für finanzielle Anreize durch die Versicherer zu wenig Rechnung getragen, wenn man die Schwelle des „rechtlich maßgebenden psychischen Zwangs“⁵⁸ – wie man diese auch immer bestimmen mag – nicht als überschritten ansieht. Gegen die Zulässigkeit der betreffenden Klausel spricht, dass die Entscheidungsfreiheit nicht nur durch den psychologischen Anreiz, sich vermeintliche Kostenvorteile sichern zu können, getrübt ist, sondern auch durch das fehlende Bewusstsein von den Risiken, die mit dem Verzicht verbunden sind. Der Versicherte mandatiert im Falle des Verzichts einen Rechtsanwalt, der dem Versicherungsunternehmen durch regelmäßige Mandatierung wirtschaftlich verbunden, also nicht gänzlich unabhängig ist.⁵⁹

⁵⁶ Ebenso Armbrüster, VuR 2012, 167 (169); Terriuolo, AnwBl. 2014, 140 (144 f.).

⁵⁷ BGHZ 77, 126 (131); 120, 216 (226); 199, 170 (185); Lapp/Salamon in: jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 307 BGB, Rn 52.

⁵⁸ BGHZ 199, 170 (185).

⁵⁹ Pichler, Österr. Anwaltsblatt 2008, 199; Schons, AnwBl. 2012, 221 (222 f.); Cornelius-Winkler, NJW 2014, 588 (590); Reckels, SVR 2014, 129 (131).

e) Versicherungsrecht

aa) Die Rechtsprechung des BVerfG zur Überschussbeteiligung der Versicherungsnehmer

Anknüpfend an diese Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht in den letzten Jahren auch die Stellung der Versicherten gegenüber den Versicherern gestärkt. Ein erster Schritt war die Verpflichtung des Gesetzgebers, bei der Übertragung des Bestands von Lebensversicherungsverträgen auf ein anderes Unternehmen dafür zu sorgen, dass die durch die Prämienzahlungen geschaffenen Vermögenswerte den Versicherten erhalten bleiben.⁶⁰ Handelt es sich um eine Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung, muss sichergestellt werden, dass Vermögenswerte einschließlich stiller Reserven nicht verloren gehen. Da der Versicherungsnehmer die Bestandsübertragung weder verhindern noch auf die Bedingungen des Übergangs Einfluss nehmen kann, muss der Gesetzgeber dafür sorgen, dass seine Interessen nicht vernachlässigt werden. Die Kündigung des Versicherungsvertrages oder die Drohung mit ihr ist jedenfalls keine zumutbare Alternative, da die Auflösung des Vertrages mit erheblichen Nachteilen verbunden ist. So ist der Rückkaufswert einer Versicherung in den ersten Jahren trotz hoher Prämienzahlung niedrig, weil in den Prämien auch Gewinn- und Kostenanteile enthalten sind. Ferner ist der Abschluss eines neuen Lebensversicherungsvertrages mit neuen Abschlusskosten, einem aufgrund des höheren Alters des Versicherungsnehmers höheren Risikofaktors und dem Nachteil einer kürzeren Anspardauer mit entsprechend verringerter Überschussbeteiligung verbunden.⁶¹ Die Berechnung einer Überschussbeteiligung, die stille Reserven nicht einbezieht, hält daher verfassungsrechtlicher Überprüfung nicht stand.⁶²

⁶⁰ BVerfGE 114, 1, 37.

⁶¹ BVerfGE 114, 73, 96 f.

⁶² BVerfGE 114, 73, 94 f.

bb) Unangemessene Entbindung von der Schweigepflicht bei Berufsunfähigkeitsversicherung

Während hier dem Gesetzgeber vorgeschrieben wurde, dass er Aufsichtsmaßnahmen ergreifen müsse, um die Interessen des Versicherungsnehmers zu wahren, ging es im Urteil vom 23.10.2006 um die Inhaltskontrolle einer in den Versicherungsbedingungen enthaltenen umfassenden Verpflichtung des Versicherungsnehmers, von allen Ärzten, Krankenhäusern, Krankenkassen, Versicherungsgesellschaften, Arbeitgebern usw. „sachdienliche Auskünfte“ einzuholen und die befragten Personen und Stellen von ihrer Schweigepflicht zu entbinden. Diese umfassende Erklärung erfolgt alles andere als freiwillig, da die von dem einen Vertragspartner – der Versicherung – „angebotene Leistung für den anderen Partner zur Sicherung seiner persönlichen Lebensverhältnisse von so erheblicher Bedeutung ist, dass die denkbare Alternative, zur Vermeidung einer zu weitgehenden Preisgabe persönlicher Informationen von einem Vertragsschluss ganz abzusehen, für ihn unzumutbar ist“. Dem ist zuzustimmen, da der Versicherungsnehmer vor der Wahl zwischen zwei Übeln steht und daher nicht in freier Selbstbestimmung handelt, wenn er den Vertrag unterzeichnet und formal in die Entbindung der Schweigepflicht einwilligt.

cc) Unangemessen niedriger Rückkaufswert bei Kapitallebensversicherungen

Anknüpfend an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterzog der BGH die Bedingungen für Kapitallebensversicherungen einer Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB. Diese hat – wie bereits dargelegt wurde – ihren Grund im Versagen des Vertragsmechanismus. Während der BGH zunächst die Klauseln in Allgemeinen Versicherungsbedingungen, nach denen der Versicherungsnehmer bei einer Kündigung in den ersten Jahren keinen oder nur einen sehr geringen Rückkaufswert erhielt, wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot

(§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) für unwirksam erklärt hatte,⁶³ nahm er im Urteil vom 25.7.2012 eine materielle Prüfung vor und entschied, dass solche Klauseln, die in Versicherungsverträgen zwischen 2001 und 2007 verwendet wurden, den Versicherungsnehmer unangemessen benachteiligten.⁶⁴ Die Bildung von Vermögenswerten gehöre vom Zeitpunkt des Abschlusses einer kapitalbildenden Lebensversicherung an zu den Zielen des Vertrages und unterstehe dem verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG. Die Versicherungsbedingungen dürfen daher dem Versicherungsnehmer im Falle vorzeitiger Vertragsbeendigung.⁶⁵ Bei Verträgen ab 2008 hat der Gesetzgeber in § 169 Abs. 3 S. 1 VVG nF eine Regelung getroffen, die bei einer Kündigung eine Rückzahlung des versicherungsmathematisch berechneten Deckungskapitals vorsieht, das sich bei gleichmäßiger Verteilung der angesetzten Abschluss- und Vertriebskosten auf die ersten fünf Vertragsjahre ergibt.

f) Die rechtfertigende Einwilligung

Nach den vorstehenden Erläuterungen ist deutlich geworden, dass die rechtfertigende Einwilligung in die Beeinträchtigung von Rechten oder Rechtsgütern ein Mindestmaß an Entscheidungsfreiheit voraussetzt. Wo diese fehlt, wie bei den nicht verhandelbaren Versicherungsbedingungen, ist eine Inhaltskontrolle erforderlich, bei der zu prüfen ist, ob die Einwilligung in die Rechtsgutsbeeinträchtigung durch berechtigte Interessen des Vertragspartners gedeckt ist und der Eingriff dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht. Eine unbegrenzte Entbindung von der Preisgabe persönlicher Daten bzw. eine unbeschränkte Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht hält das BVerfG mit recht für unverhältnismäßig. Die Einwilligung stellte sich angesichts der strukturellen Unterlegenheit des Versicherungsnehmers als „Fremdbestim-

⁶³ BGHZ 147, 354 und 373.

⁶⁴ BGHZ 194, 208, 227 ff.

⁶⁵ BGHZ 194, 208, 220 f.

mung“ dar und erforderte aus diesem Grunde eine Angemessenheitsprüfung.

aa) Inhaltskontrolle formularmäßiger Einwilligungen

Darüber hinaus erscheint es notwendig, formularmäßige Einwilligungen zu Eingriffen in Rechte oder Rechtsgüter am Maßstab des AGB-Rechts zu messen. Das Schutzbedürfnis liegt auf der Hand, weil es dem Kunden nicht zuzumuten ist, auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts zu verzichten, weil von ihm eine unangemessene Einwilligung verlangt wird. Abgesehen davon, dass AGB in der Regel nicht verhandelbar sind, ergibt sich die Rechtfertigung einer Kontrolle der formularmäßigen Einwilligung aus dem Umstand, dass das grundsätzliche Eingriffsverbot durch die massenhafte Verwendung der Klausel geradezu in sein Gegenteil verkehrt wird. Selbst wenn man Einwilligungen nicht als rechtsgeschäftliche Erklärungen ansieht,⁶⁶ sind jedenfalls die §§ 305 ff. BGB analog anzuwenden, weil der Rechtsgedanke der Kontrolle, das Defizit an echter Entscheidungsfreiheit zu kompensieren, auch auf diese formularmäßig erteilten Einwilligungen zutrifft. Auf diesem Grundgedanken beruhte z.B. auch die Unwirksamkeit einer Bestimmung in den AGB der Banken, die diese berechtigen sollte, der Schufa Daten des Kreditnehmers über die Aufnahme und Abwicklung eines Kredits zur Speicherung zu übermitteln.⁶⁷ Das Schufa-Kreditinformationssystem dient zwar dem berechtigten Ziel, potentiellen Kreditgebern die Beurteilung der Kreditwürdigkeit eines Kreditbewerbers zu erleichtern. Notwendig ist jedoch, dass die übermittelnde Bank Aussagekraft und Berechtigung einer bestimmten Einzelmitteilung unter sorgfältiger Interessenabwägung prüft und außerdem das Kreditinformationssystem so organisiert ist, dass die gespeicherten

⁶⁶ Dafür mit Recht Ohly, Volenti non fit iniuria. Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 207 ff.; 438 ff.; s.a. BGHZ 141, 124 bzgl. einer Telefonwerbungsklausel.

⁶⁷ BGHZ 95, 362 ff.

Daten insgesamt ein möglichst vollständiges, aktuelles Bild der Kreditwürdigkeit bieten und die Weitergabe sich auf Anschlussnehmer beschränkt, die ein berechtigtes Interesse haben, über die Kreditwürdigkeit eines Betroffenen unterrichtet zu werden.

Aus dem gleichen Grund hat der BGH das vorformulierte Einverständnis eines Kunden mit telefonischer Werbung durch eine Bank im Rahmen eines Kontoeröffnungsvertrages für unangemessen erklärt, allerdings angedeutet, dass eine ausdrückliche Einwilligung unbedenklich wäre.⁶⁸ Dem ist zu widersprechen, weil es dem Kunden regelmäßig an Verhandlungsmacht fehlt, seine Einwilligung zu verweigern und somit ein Ergebnis erzielt werden könnte, das den Schutzgedanken des § 1 UWG unterläuft.⁶⁹

An diesen Gedanken kann angeknüpft werden, wenn es um die Reichweite der erteilten Einwilligung geht. Zwar werden durch die europäische Datenschutzrichtlinie und das Bundesdatenschutzgesetz die personenbezogenen Daten des Einzelnen geschützt und damit korrespondierend ein Auskunftsanspruch über die betroffenen Daten gewährt. Dieser Schutz ist jedoch empfindlich geschwächt, wenn die Methoden, mit denen die Daten verarbeitet werden, nicht offengelegt, sondern als schützenswertes Betriebsgeheimnis behandelt werden müssen. So hat der BGH⁷⁰ auf der Grundlage des § 34 Abs. 4 S. 1 Nr. 4 BDSG und der immerhin schon fast zwanzig Jahre alten EG Datenschutzrichtlinie⁷¹ entschieden, dass ein Auskunftsanspruch bestünde, wenn eine automatisierte Einzelentscheidung ohne weitere

⁶⁸ BGHZ 141, 124, 128.

⁶⁹ Ohly, *Volenti non fit iniuria*. Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 442 f.

⁷⁰ BGHZ 200, 38, 44 f.

⁷¹ Art. 12 lit.a, 3. Spiegelstrich der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, Erwägungsgrund 41.

inhaltliche Prüfung durch einen Menschen erginge. Bilde der Scorewert aber lediglich die Entscheidungsgrundlage für einen menschlichen Entscheidungsträger, bestünde der Anspruch nicht. Doch auch mit der Entwicklung eines Scorewertes sind Entscheidungen zur Regelung eines Sachverhaltes durch Menschen getroffen worden – allerdings vorab für eine Vielzahl von Fällen. Weder das BDSG noch die Datenschutzrichtlinie enthalten Bestimmungen darüber, welche Qualität eine Entscheidung haben muss, wenn ihr eine eigene Bedeutung gegenüber der bloßen Mitteilung des Scorewertes zukommen soll. Nur oberflächlich genügt diese Unterscheidung den verfassungsrechtlichen Anforderungen der sog. Objektformel, die die Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG betroffen sieht, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zum bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.⁷² Genau dies geschieht aber bei der elektronischen Verarbeitung von Daten, gewonnen aus dem Internet und Datensammlungen, mittels Algorithmen oder Scorewertberechnungen täglich millionenfach.

Der notwendige Schutz muss deshalb darin bestehen, dass insbesondere die Bearbeitung personenbezogener Daten und deren Ergebnisse für die Betroffenen transparent und überprüfbar werden. Angesichts der weltweit immer engeren Vernetzung von Datensammlungen und des immer intensiveren Datenaustauschs rückt der Schutz vor intransparenter Datenverarbeitung stärker denn je ins Blickfeld. Gegen das Urteil des BGH ist Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erhoben worden.⁷³ Da sich der BGH mit der verfassungsrechtlichen Dimension des Konflikts überhaupt nicht befasst hat, besteht noch Hoffnung, dass am Ende der Schutz der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechts über die „Macht der Algorithmen“⁷⁴ siegt.

⁷² Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1, Rn 28 (Stand 1958).

⁷³ 1 BvR 756/14.

⁷⁴ Weichert, ZRP 2014, 168 (170).

bb) Absolute Grenzen der Einwilligung und der Schutz des Menschen vor sich selbst

Die These, dass nicht jede Einwilligung die Preisgabe eines Rechtsguts rechtfertigt, bestätigen eine Reihe von Rechtsnormen, die der Selbstbestimmungsfreiheit absolute Grenzen setzen. Neben dem Verbot der Tötung auf Verlangen, dem das Verbot aktiver Sterbehilfe korrespondiert, ist insbesondere das in § 8 Abs. 1 S. 2 TPG enthaltene Verbot der Organspende an fernstehende Personen zu nennen. Hintergrund für beide Vorschriften ist die Gefahr des Missbrauchs, bei der Organtransplantation auch des Organhandels, aber auch die nie ganz auszuräumenden Zweifel an der Ernsthaftigkeit solcher Entscheidungen. Das Bundesverfassungsgericht begründete denn auch bei einer Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Organspende diese mit dem Fehlen eines ausgereiften Verfahrens, „das in der Lage wäre, die Freiwilligkeit der Spenderentscheidung ... sicherzustellen“.⁷⁵ Der damit verbundene Schutz des Menschen vor sich selbst ist zwar umstritten, verdient aber gerade mit Blick auf die Fragilität der individuellen Selbstbestimmung jedenfalls in solchen Fällen Beachtung, in denen höchste Rechtsgüter und die Menschenwürde, die das Grundgesetz für unantastbar erklärt, bedroht sind.⁷⁶ Die Verfechter einer liberalen Grundrechts- und Menschenwürdetheorie, die es geradezu als Inbegriff der Menschenwürde ansehen, über die Würde autonom zu bestimmen,⁷⁷ vernachlässigen die sozialen Umweltbedingungen und Zwänge, denen Menschen bei ihren Entscheidungen ausgesetzt sind.

⁷⁵ BGH NJW 1999, 3399 (3401); krit. Gutmann NJW 1999, 3387 (3388).

⁷⁶ Vgl. näher Singer, JZ 1995, 1133 ff.; vgl. auch Ohly, *Volenti non fit iniuria*. Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 105 ff.

⁷⁷ Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 1992.

Es bedarf wenig Phantasie, sich vorzustellen, unter welchen Bedingungen sich Frauen zur Prostitution oder Auftritten in Peep-Shows⁷⁸ bereitfinden. Und so wie sich niemand freiwillig gerne in Sklaverei begibt⁷⁹, so dass mit Recht an der Freiwilligkeit einer solche Einwilligung und ihrer Vereinbarkeit mit der Menschenwürde gezweifelt wird, so ist auch im Wirtschaftsleben niemand freiwillig bereit, seine ökonomische Autonomie aufzugeben. Knebelungsverträge werden daher mit Recht für sittenwidrig erklärt.⁸⁰

3. Verpflichtung des Gesetzgebers zum Schutz der Selbstbestimmung

Die Frage, ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, die Betroffenen vor Beeinträchtigungen der Selbstbestimmungsfreiheit zu schützen, hängt eng zusammen mit der Frage nach dem angemessenen Mittel. Richtungweisend ist insoweit die Entscheidung des BVerfG im Bürgerschaftsfall.⁸¹ Ist das Kräftegleichgewicht zwischen den Parteien dermaßen gestört, dass an die Stelle von Selbstbestimmung Fremdbestimmung tritt, muss der Gesetzgeber eingreifen und – wenn dieser untätig ist – der Richter. Diesem Auftrag wird überall dort entsprochen, wo Rechtsgeschäfte einer Inhaltskontrolle unterzogen werden müssen, also im Bereich des AGB-Rechts, bei krass ungerechten Verträgen im Bereich der Sittenwidrigkeit und bei Eingriffen in Persönlichkeitsrechte sowie Verletzungen der Menschenwürde. In diesen Fällen genügt es nicht, dem Schwächeren eine Bedenkzeit einzuräu-

⁷⁸ BVerwGE 64, 274; 84, 314; BVerwG GewArch, 1998, 419.

⁷⁹ Zu diesem Beispiel Stuart Mill, *On Liberty*, 173; dazu Ohly, a.a.O., 74.

⁸⁰ RGZ 130, 143, 145; BGHZ 19, 12, 18; 68, 1, 5; BGH NJW 1995, 2350, 2351; 1999, 1587, 1589.

⁸¹ Siehe oben Fn. 41 ff.

men und den Widerruf seiner Erklärungen zu ermöglichen.⁸² Dieses Instrument hilft ebenso wie die Schaffung von Transparenz durch Informationspflichten nur, wenn die Unterlegenheit auf übereilten Entschlüssen – oft provoziert durch gezielte Absatzstrategien – beruht, wie sie etwa bei Geschäften außerhalb von Geschäftsräumen, im Fernabsatz oder bei risikoreichen Verträgen wie z.B. Kreditverträgen gegeben ist.

Ich schließe mit zwei Zitaten:

„Die Bestimmung der Schranken des Prinzips *„volenti non fit iniuria“* gehört zu den schwierigsten Aufgaben einer Theorie der Einwilligung.“ (Ansgar Ohly)⁸³

Und *Anatole France*: „Das Gesetz in seiner majestätischen Gleichheit verbietet den Reichen wie den Armen, unter den Brücken zu schlafen, auf den Straßen zu betteln und Brot zu stehlen.“⁸⁴

4. Zusammenfassung und Thesen

Die Einwilligung in eine Rechtsverletzung ist tatbestandsausschließend, wenn sie freiwillig erfolgt. Was unter „Freiwilligkeit“ zu verstehen ist, ist jedoch umstritten.

⁸² Vgl. die Vorschläge des Psychologen Edmüller in seinem Referat „Einwilligung und Manipulation“ (aE).

⁸³ Ohly, *Volenti non fit iniuria*. Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 77.

⁸⁴ „...la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain“, Anatole France, *Le lys rouge*, 1894 (Die rote Lilie, München 1925, 116).

Nach einer verbreiteten, vor allem im amerikanischen rechtsphilosophischen Schrifttum viel diskutierten und in Deutschland von *Thomas Gutmann* vertretenen Theorie ist Freiwilligkeit ein Gegenbegriff zu Zwang. Zwang könne nicht durch Angebote ausgeübt werden, da diese die Entscheidungsoptionen des Betroffenen lediglich erweiterten. Auch ein noch so großer Entscheidungsdruck beseitige nicht die Freiheit einer Person, wenn diese ein Angebot annehme. Dies gelte auch, wenn es sich um schamlose Angebote handele.

Freiwillig handelt danach der Süchtige, von dem der Drogendealer verlangt, dass er einen Konkurrenten verprügelt, sowie die 16-jährige Ladendiebin, die auf das „Angebot“ des Kaufhausdetektivs, keine Strafanzeige zu erstatten, wenn sie zu sexuellen Handlungen bereit sei, einginge.

Vorzugswürdig erscheint es, Unfreiwilligkeit auch dann anzunehmen, wenn sich der Betroffene in einer Notlage befindet und zu der Einwilligung, die er ohne die Zwangslage nicht abgeben würde, keine zumutbare oder vernünftige Alternative besitzt. § 138 Abs. 2 BGB zeigt, dass das Ausnutzen einer Zwangslage des Betroffenen verboten ist, wenn diesem ein Rechtsgeschäft angesonnen wird, bei dem Leistung und Gegenleistung in einem groben Missverhältnis stehen. Damit werden nicht alle Situationen erfasst, in denen jemand unter Druck steht, eine Entscheidung treffen zu müssen, wohl aber solche, in denen der Betroffene keine vernünftigen Alternativen hat und eine Entscheidung treffen muss, die ihn – gemessen an den üblichen Standards – unangemessen belastet.

Diese gesetzliche Wertung kann verallgemeinert werden auf Entscheidungen, in denen die Selbstbestimmungsfreiheit durch Fremdbestimmung beeinträchtigt ist und dies für den Betroffenen extrem belastende Konsequenzen hat. Dies entspricht der Position des Bundesverfassungsgerichts, die in dem grundlegenden Bürgerschaftsurteil im Jahre

1992 entwickelt worden ist und sich inzwischen in der Rechtspraxis durchgesetzt hat. Die Selbstbestimmungsfreiheit kann auch in rechtlich relevanter Weise durch Anreizsysteme beeinträchtigt werden.

Die zahlreichen Normen und institutionellen Vorkehrungen zum Schutze des Arbeitnehmers wie die Gewährleistung der Tarifautonomie und die betriebliche Mitbestimmung sind das Resultat einer typisierenden Wertung, die von einer strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers ausgeht. Arbeitsverträge bedürfen daher einer Angemessenheitskontrolle. Unzureichend ist der Schutz der Arbeitnehmer beim Abschluss von Aufhebungsverträgen, insbesondere wenn dieser unter dem Druck einer nach dem Maßstab des Kündigungsschutzrechts unwirksamen Kündigung „einwilligt“.

Die strukturelle Unterlegenheit des Verbrauchers bildet auch die Grundlage für das weitverzweigte Netz von Verbraucherschutznormen. Dass auch Professoren und Reiche geschützt werden, ist eine Folge der notwendigen Typisierung des begünstigten Personenkreises.

Die Einbeziehung von AGB in einen Vertrag beruht in aller Regel nicht auf einer freien und eigenverantwortlichen Entscheidung des Kunden, sondern darauf, dass er sich den gestellten Bedingungen unterwirft.

Im Versicherungsrecht ist die Stellung des Versicherungsnehmers dadurch geprägt, dass ihm weder ein Selbstschutz durch Ablehnung oder Kündigung des Versicherungsvertrages zugemutet werden kann. Er ist daher vor unangemessenen Vertragsbedingungen wie der umfassenden Entbindung der zuständigen Personen von der Schweigepflicht zu schützen.

Auf der gleichen Linie liegt der Schutz des Bankkunden, dem eine umfassende und daher unverhältnismäßige Einwilligung in die Über-

mittlung der Kreditinformationen an die Schufa angemessen wird. Gleiches gilt für die Einwilligung zur Verarbeitung der Daten mit Scoreformeln oder Algorithmen und die Speicherung und Weitergabe der daraus gewonnenen Werte.

Dem Gesetzgeber ist es gestattet, zum Schutze des Menschen vor sich selbst, Eingriffe in Rechtsgüter trotz Einwilligung des Betroffenen als Unrecht zu werten. Bei dem Verbot der Organtransplantation an fernstehende Personen geschieht dies aus Gründen des Allgemeininteresses (zur Verhinderung des Organhandels) und um auszuschließen, dass die Entscheidung des Betroffenen wirklich freiwillig erfolgt.

8. Macht Medium Manipulation Einwilligungslösungen in Zeiten von Internet und Digitalisierung

Michael Dudek

Von der Idee zu diesem Buch bis zu dessen Erscheinen ist eine Reihe von größeren Untersuchungen zur Einwilligung im weiteren Sinne¹ erschienen.² Soweit ersichtlich beschäftigt sich aber keine mit der Frage, auf welche Weise Internet und Digitalisierung Auswirkungen auf die freie Willensbildung haben können. Im Gespräch mit Soziologen, Sozialpsychologen und Kulturwissenschaftlern kann man die Verwunderung darüber spüren, dass die technische Entwicklung nicht längst unter diesem Aspekt rechtlicher Bewertung unterzogen wurde. Der Beitrag will auf den dringenden Diskussionsbedarf aufmerksam machen.

Maßgeblich sind die Begriffe ‚Macht‘, ‚Medium‘³ (also Internet und Digitalisierung) und ‚Manipulation‘. Am auffälligsten ist die Entwick-

¹ Mit dem Thema Einwilligung werden auch die verwandten der Privatautonomie, Vertragsfreiheit, Entscheidungsfreiheit oder Selbstbestimmung erörtert; vgl. Wolfhard Kothe, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), S. 105–161, S. 156.

² Florian Möslein, Dispositives Recht, 2011; ders. (Hrsg.), Private Macht, 2016; Lorenz Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, 2012; Stefan Arnold, Vertrag und Verteilung, 2011; Klaus Ulrich Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014.

³ Marshall McLuhan postuliert, dass Medien im weitesten Sinne bestimmen, wie wir unsere Welt wahrnehmen. Dabei lenken, prägen und überformen sie zugleich unsere Wahrnehmung und haben Einfluss auf unser kognitives und emotionales Erleben – aber auch Handeln. Daher vertritt McLuhan die Meinung, man solle bei Untersuchungen weniger vom Inhalt – der „message“ – ausgehen, sondern den Fokus auf die Wirkung eines Mediums in ein kulturelles Umfeld legen. Im Sinne einer medienökologischen Erweiterung der Überlegungen McLuhans (die in ihrer

lung⁴ des Mediums (1) – die der Macht (2) und Manipulation (3) fällt zwar weniger ins Auge, ist dafür aber mindestens genauso bedeutsam. Wie steht es vor diesem Hintergrund mit der gesellschaftlichen Reaktionsbereitschaft und -geschwindigkeit (4), welche ‚Therapiekonzepte‘ bieten Rechtswissenschaft (5) und Rechtsprechung (6) und welche Handlungspflichten – Handlungsmöglichkeiten (7) ergeben sich nun? Es folgen Diskussionsimpulse (8) und zum Schluss die Thesen (9).

1. Die technische und wirtschaftliche Ausgangslage – die Wechselwirkungen und Auswirkungen von Internet und Digitalisierung

Internet und Digitalisierung bestimmen immer stärker unser Leben. Technischer Fortschritt war in den letzten zweihundert Jahren *der* Motor gesellschaftlicher Entwicklung. Inzwischen sind wir bei Industrie 4.0⁵ angekommen. Kennzeichnend dafür ist die Digitalisierung,⁶

‚strong form‘ zu einem Mediendeterminismus tendieren) und im Fahrwasser von Netzwerktheorien (u.a. aufgeklärten, modifizierten Akteurs-Netzwerk-Theorien) werden wir im Folgenden das Augenmerk auf die Wechselwirkungen der verschiedenen Akteure richten (s.a. die Ausführungen zu gesellschaftlichen Reaktionen, Handlungsbedarf und Handlungsmöglichkeiten).

⁴ Geht man noch einen Schritt weiter, lässt sich u.U. gar von einem Paradigmenwechsel sprechen. Dies erscheint durchaus berechtigt, bedenkt man, dass nicht alleine bei technisch-technologische Entwicklung bleibt, sondern dass diese durch ihre Omnipräsenz in unserem Alltag (ubiquitous computing, smart tech, ...) zu einer Veränderung unserer Kommunikationspraktiken, Kulturtechniken und nicht zuletzt Wahrnehmung der Welt führen.

⁵ Die Etappen der industriellen Entwicklung: Industrie 1.0, Beginn circa 1800, erste Massenproduktion durch Maschinen; Industrie 2.0, Beginn Ende des 19. Jahrhunderts, Einführung der Elektrizität, erste Automobilen, Automatisierung; Fließband, Telefone und Telegramme; Industrie 3.0, Beginn ab den 1970er Jahren, Automatisierung durch Elektronik und

also die Möglichkeit, *alle* erfassbaren Informationen, seien sie von Menschen erzeugt oder von Sensoren erfasst, in *eine* Sprache/Code umzuwandeln, weltweit einheitlich zu versenden und zu verarbeiten. Umfang und Geschwindigkeit, mit dem dies geschieht, sind schwindelerregend.

a) Von der Datenerfassung zur Datengewinnung

Lange Zeit ging man davon aus, lediglich Daten erfassen und dann sammeln zu können. Die Auswertung war ein separater, nachgeschalteter Schritt – der (menschliche) Kleinstarbeit erforderte. Technischer Fortschritt ermöglichte es, diese Daten auch automatisiert zu be- und verarbeiten. Den rechtlichen Rahmen dafür bildete das BDSG.

In der allgemeinen Vorstellung werden Daten durch die menschliche Nutzung von Internet, sozialen Netzwerken und Handys, aber auch durch Krankenversicherungs-, Kredit- und Kundenkarten geschaffen und hinterlassen. Längst haben wir uns daran gewöhnt, noch Wochen nach dem Besuch eines E-Shops Angebote zu erhalten, die in Zusammenhang mit dem gesuchten Artikel stehen.

Doch schon lange begnügt sich der E-Business Markt nicht mehr mit der Erfassung und Verarbeitung der von uns gelieferten Daten. Es geht auch ohne unser Zutun. Schon durch das Laden einer banalen App ist es möglich, die von uns genutzten Datenträger vollständig auszulesen.

IT; Industrie 4.0, Beginn Ende des 20. Jahrhunderts, Digitalisierung und Integration cyber-physischer Systeme.

⁶ In der Medieninformatik bezeichnet der Begriff ‚Digitalisierung‘ die Überführung analoger Größen in diskrete (abgestufte) Werte, zu dem Zweck, sie elektronisch zu speichern oder zu verarbeiten. Das Endprodukt oder Ergebnis der Digitalisierung wird mitunter als Digitalisat bezeichnet. <https://de.wikipedia.org/wiki/Digitalisierung>, (letzter Zugriff 3/2016).

Unsere Datenbestände geraten in den Zugriff all derjenigen, mit denen wir Kontakt hatten – immer und überall.⁷

Wortwörtlich auf Schritt und Tritt verfolgen uns Multisensoren, also zum Beispiel die Augen und Ohren unserer Handys oder Unterhaltungselektronik. Sie sind permanent als unsichtbare Zeugen bei allem, was wir tun, dabei. Unsere Körperfunktionen werden in Autos mit elektronischer Fahrassistenz, aber auch von sogenannten intelligenten Uhren gemessen.

Ein Auszug aus der Werbung für die Apple Uhr: „Fitness bedeutet nicht nur joggen, Fahrrad fahren oder ins Fitnessstudio gehen. Es geht darum, den ganzen Tag über aktiv zu sein. Deswegen misst die Apple Watch all deine Bewegungen. Egal, ob du mit dem Hund rausgehst, Treppen steigst oder mit deinen Kinder spielst. Sie merkt sich sogar jedes Mal, wenn du aufstehst. Und motiviert dich, weiterzumachen. Denn alles zählt. ... Die Aktivitätsapp zeigt dir deine tägliche Aktivität in einer einfachen Grafik – an drei Ringen kannst du alles ablesen, was du wissen musst. Der Ring „Stehen“ zeigt dir, wie oft du aufgestanden bist, damit du nicht die ganze Zeit sitzt. Der Ring „Bewegen“ zeigt, wie viel Kalorien du aktiv verbrannt hast. Und „Trainieren“ die Minuten, die du dich zügig bewegt hast. Das Ziel? Jeden dieser Ringe jeden Tag schließen.“⁸ Erfasst wird aber auch, wie wir uns „danach“ fühlen, welche Nahrungsmittel gerade gut für uns wären und zur Abrundung, wann, wo und in welcher Umgebung wir uns gerade aufhalten. Dazu kommen unzählige Kameras und Sensoren von Privaten und Behörden an öffentlichen Orten, die ebenfalls personalisierbare Daten generieren.

⁷ Umfangreiche Darstellung bei Anne-Catherine Simon, Thomas Simon, *Ausgespäht und abgespeichert*, 2008.

⁸ Vgl. <http://www.apple.com/de/watch/health-and-fitness/>, (letzter Zugriff 03/2016).

Multisensorik für sich gesehen ist aber nur ein Aspekt der „1000 Augen“, die uns beobachten. Hinzu kommt Tracking, oder auf deutsch: Rückkanaltechnik: Es wird aber nicht nur gemessen sondern auch gesendet, um zu sammeln und auszuwerten. Mit der Apple-Uhr werden wir rund um die Uhr nicht nur zu einem lokalen, sondern zu einem (vernetzten) cyber-physischen System. Zu solchen Systemen gehört auch das von Amazon Ende 2014 angekündigte Produkt *Echo*, dazu Yvonne Hofstetter: „*Echo* verspricht, auf bloßes Sprachkommando alles für einen zu tun: den Wecker zu stellen, das Wetter vorher zu sagen, Einkaufslisten zu erstellen und Auskunft über Dinge bei Wikipedia einzuholen. Damit *Echo* hält, was es verspricht, nehmen sieben Mikrofone im Inneren des Lautsprechers diese Befehle auf – und natürlich auch alles, was sonst noch im Zimmer zu hören ist, und senden es zum Amazon-Server. Die *Echo*-Kunden verwanzten ihre vier Wände damit gründlicher als es die Stasi je schaffte.“⁹

Environment sensitive technology, geo-location, tracking und transfer – so werden die Möglichkeit, permanent Daten über uns, unser Verhalten und unsere Umgebung zu *gewinnen*, in der Werbung verkauft. Und die Möglichkeiten hierbei scheinen schier unbegrenzt. Entsprechend wächst auch der weltweite Datenverkehr im Internet von Jahr zu Jahr und wird im Jahre 2016 die unglaubliche Menge von 1,3 Zetabyte erreichen. Das sind 250 Milliarden DVDs voller Informationen.¹⁰ Diese unglaubliche Menge wird nur durch eine automatisierte Datengewinnung und -verarbeitung möglich. Ein *Datenoverflow*, der die Stasi in kilometerlangen Aktenbeständen den Überblick verlieren ließ, ist aufgrund der automatischen Aufbereitung nicht zu erwarten.

⁹ Vgl. <http://www.br.de/radio/bayern2/kultur/kulturjournal/yvonne-hofstetter-sie-wissen-alles-100.html> (letzter Zugriff 6.9.2016).

¹⁰ Erik Brynjolfsson/Andrew McAfee, *The second Machine Age*, 2. Aufl. 2015, S. 84; die Menge entspricht einen Stapel, mit dem die Erde 7,5 Mal umspannt werden könnte.

b) Keine anonymen Daten

Alle gewonnenen Informationen und Daten sind persönlich zuordenbar. Es gibt keine anonymen Daten mehr.¹¹ Lokale Ortung und Auswertung von Kennungen schaffen die Bezüge. Schließlich ermöglicht auch der vorhandene riesige Datenbestand die Re-identifizierbarkeit,¹² wenn es darauf überhaupt noch ankommt.

Im Februar 2012 konnte man im New York Times Magazine¹³ folgende Geschichte lesen: Vor einiger Zeit sei ein wütender Mann in eine Target-Filiale gekommen und habe nach dem Filialleiter verlangt. Target ist nach WalMart der zweitgrößte Discounteinzelhändler der USA. Der Mann zeigte dem Filialleiter Rabattgutscheine für Babysachen. Die seien seiner Tochter per Post zugesandt worden. Dabei ginge sie noch zur Highschool. Eine Schwangerschaft sei ausgeschlossen. Nach kurzer Prüfung entschuldigte sich der Filialleiter wortreich. Ein paar Tage später rief er noch einmal bei dem Vater wegen des peinlichen Vorfalls an. Zu seinem Erstaunen entschuldigte sich nun aber der Vater bei ihm, weil er nach einem längeren Gespräch mit seiner Tochter erfahren habe, dass diese tatsächlich schwanger sei.

c) Big Data

Diese Geschichte gibt einen Einblick, wie umfassend Daten gewonnen und wie sie – personalisiert – genutzt werden. Es geht um ‚Big Data‘. Big Data bezeichnet Datenmengen, die zu groß oder zu komplex sind

¹¹ Diese Aussage widerspricht zwar der rechtlichen Ausgangslage, nicht aber der Praxis, insbesondere durch die weltweite Verarbeitung / Nutzung der Daten; zudem ist nach aktueller Rechtslage das Anonymisieren von Daten als „Verändern“ wohlmeinigungspflichtig, § 3 Abs. 4 und 6, § 4 Abs. 1 BDSG.

¹² Dorner, Big Data und „Dateneigentum“, CR 2014, 617 (628) m.w.N.

¹³ The New York Times Magazine, 16.02.2012, How Companies Learn Your Secrets, by Charles Duhigg.

oder sich zu schnell ändern, um sie mit klassischen Methoden der Datenverarbeitung auszuwerten, aber auch Technologien, die zum Sammeln und Auswerten dieser Datenmengen verwendet werden.¹⁴ Mit Big Data lassen sich dabei immer stärker Bereiche erschließen, die bisher als strikt privat galten.¹⁵ Dem Markt steht so eine unendliche Fülle von verwertbaren Daten über uns zur Verfügung.

d) Big Data – Big Business

Interessanterweise wissen wir über all das praktisch nichts, jedenfalls nichts Konkretes.¹⁶ Dabei lagen 2014 die mit Big Data global erzielten (unmittelbaren) Umsätze bei 15 Milliarden Dollar. Sie werden bis 2017 um jährlich 25 % auf etwa 32 Milliarden ansteigen. „Neues Öl des Internets“ oder „neue Währung der digitalisierten Welt“.¹⁷ Big Data führt dazu, dass winzige Unternehmen mit einer Kleinstbelegschaft am Markt für Milliarden gehandelt werden. Schon jetzt hat eine Konzentration auf dem Datenmarkt eingesetzt. Wenige Unternehmen dominieren den globalen Markt.¹⁸ Sie kümmern sich nicht nur um die Bereitstellung von Dienstleistungen aller Art im Netz. Wertbildend ist vor allem die Fähigkeit, dem Markt Daten bereit zu stellen, mit denen

¹⁴ Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Big_Data, (letzter Zugriff 03/2016).

¹⁵ Münchner Merkur, 01.06.2016, S. 1; Autobauer werden zu Datenkraken; Die Welt, 05.04.16, Wenn die Krankenkasse Ihre Fitness-App mitliest, <http://www.welt.de/gesundheit/article154004816/Wenn-die-Krankenkasse-Ihre-Fitness-App-mitliest.html?config=print>, (letzter Zugriff 03/2016).

¹⁶ Darauf weist Yvonne Hofstetter in ihrem Buch Sie wissen alles hin. Die Besprechung von Stefan Schulz kommt denn zu dem Schluss: „Wir wissen nichts.“ <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buecher/yvonne-hofstetters-virtuelle-zombies-13155034-p2.html>, (letzter Zugriff 03/2016).

¹⁷ Michael Dorner, Big Data und „Dateneigentum“, CR 2014, 617 (618) m.w.N.; zum Vergleich: Die gesamte deutsche Automobilindustrie erzielte 2014 weltweit mit 367,9 Mrd. Euro einen neuen Umsatzrekord, verzeichnet aber längst nicht mehr derartige Umsatzsteigerungen.

¹⁸ Michael Dorner, a.a.O., S. 626 m.w.N.

Kundenprofile erzeugt oder verfeinert werden können. Die Daten werden von den Nutzern selbst geliefert, wenn sie mit Anbietern Kontakt aufnehmen, Dienstleistungen nutzen, oder sie werden einfach auf einem gigantischen Datenmarkt zugekauft. Dabei bleiben die Daten nicht nur erhalten, sie werden auch beständig vervielfältigt¹⁹ und stehen damit immer mehr Marktteilnehmern zur Verfügung – „Das Internet vergisst nicht.“²⁰ Und zusätzlich werden kontinuierlich mehr, immer mehr Daten in Echtzeit gewonnen, ausgewertet und ‚verwertet‘ – und dies meist im Sinne ökonomischer ‚Wert-ab-schöpfung‘.

e) Algorithmen

Diese unendliche Datenmenge bringt für sich keine Vorteile, wenn sie nicht ausgewertet werden können. Deshalb gehört zu Big Data nicht nur die Datengewinnung in Echtzeit, sondern auch die Auswertung der Daten.²¹ Dazu wurden Algorithmen²² entwickelt. Mit ihrer Hilfe lassen sich die Daten ohne das Eingreifen des Menschen aufbereiten und zielgerichtet nutzen. Für eine Kreditauskunft wurden lange Zeit fünf Faktoren verwendet, um eine Entscheidung über die Kreditwürdigkeit zu ermöglichen. Im nächsten Schritt konnte eine Bank auf etwa 300 Datenpunkte zurückgreifen. Das auf Big Data spezialisierte Unter-

¹⁹ Im Gegensatz zu analogen Gütern, die, wenn sie gehandelt werden, von einem Ort zum anderen übergehen, verbleiben Daten in der Regel am Ort ihrer Speicherung und werden für weitere Nutzungen kopiert.

²⁰ Heise online, Trendkongress, 27.11.2012: Big Data, wenig Schutz, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Trendkongress-Big-Data-wenig-Schutz-1757864.html>, (letzter Zugriff 03/2016).

²¹ Einzelheiten dazu in zfm, Bd. 13, Überwachen und Kontrolle, 10/2015.

²² Ein Algorithmus ist eine eindeutige Handlungsvorschrift zur Lösung eines Problems oder einer Klasse von Problemen. Algorithmen bestehen aus endlich vielen, wohldefinierten Einzelschritten. Somit können sie zur Ausführung in einem Computerprogramm implementiert, aber auch in menschlicher Sprache formuliert werden. Bei der Problemlösung wird eine bestimmte Eingabe in eine bestimmte Ausgabe überführt. <https://de.wikipedia.org/wiki/Algorithmus>, (letzter Zugriff 03/2016).

nehmen Kreditech wirbt damit, dass es für eine Person 20.000 Datenpunkte auswertet, jede Minute aktualisiert und einen neuen individuellen Score für diese Person auswirft.²³ Das Unternehmen wurde 2012 gegründet. Im Jahr 2014 hatte die Kreditech-Gruppe einen Jahresumsatz von 55 Mio. USD und über 200 Mitarbeiter aus 40 Nationen.²⁴

Algorithmen machen Big Data zu einem höchst wirkungsvollen Instrument für seine Nutzer und erlauben den Zugriff auf die einzelne Person in bisher nicht gekannter Intensität. Allein das macht es so interessant, Milliarden für Big Data, also Daten und Profile auszugeben. Dabei sollte die Datensammlung zunächst vollkommen ergebnisoffen erfolgen.²⁵ Nutzbar sind die gewonnenen Ergebnisse, um in Echtzeit Informationen über das Kundenverhalten und Verbesserungen bei Innovationen, z.B. in der Industrie 4.0 vornehmen zu können. Man denke an Stauzeitrechner oder die Früherkennung von Epidemien.

Unbestritten wird aber auch und vor allem die Effizienz der Werbung gesteigert. Wer heute nach einem Rotwein im Netz sucht, hat kurze Zeit später einen Banner eines bekannten Weinhandels auf seinem Bildschirm – und zwar für längere Zeit und als steten Begleiter. Ergebnis einer Versteigerung des konkreten Werbeplatzes – in 0,36 Sekunden.²⁶ Wer bei Amazon ein Buchtitel geklickt hat, wird erfahren, was er noch kaufen wollen könnte. Und der Kauf, das Klicken des so angebotenen Produkts, ist so leicht wie nie. Doch bei Licht betrachtet sind das nur Nebeneffekte. Big Data Unternehmer kennen uns besser

²³ Vgl. <https://www.kreditech.com/what-we-do/>, (letzter Zugriff 03/2016).

²⁴ Vgl. <http://www.gruenderszene.de/datenbank/unternehmen/kreditech>, (letzter Zugriff 03/2016).

²⁵ Michael Dorner, Big Data und „Dateneigentum“, CR 2014, 617 (627).

²⁶ Vgl. <http://www.mediapost.com/publications/article/212544/real-time-is-really-036-seconds.html>, (letzter Zugriff 03/2016).

als wir uns selbst oder unsere Angehörigen.²⁷ Das wurde in dem geschilderten Fall der amerikanischen Supermarktkette Target deutlich.²⁸

f) Die Anwendung der Algorithmen am Beispiel Target

Die Motivation von *Target* kann man auf Deutsch im inzwischen sehr bekannten Blog von netzpolitik.org nachlesen:²⁹ Der Discounthandel zeigt wenig Wachstumspotential. Umsatzsteigerungen sind nur durch Abwerbung von den Wettbewerbern zu erzielen. Auf der anderen Seite besteht in diesem Bereich eine hohe Kundenbindung. Wer gewohnt ist, seinen täglichen Bedarf bei Aldi zu decken, wird nicht zu Netto wechseln. Ein solcher Wechsel wird von den Kunden nur unter außergewöhnlichen Umständen erwogen. Das kann die Aufnahme einer neuen Arbeit, ein Umzug, eine neue Beziehung, aber auch eine Schwangerschaft sein. werdende Eltern brauchen Dinge, die sie nie zuvor gebraucht haben, z.B. Wickelkommoden oder Windeln. Aber wo kaufen – denn diese Artikel finden sie nicht in Geschäften, in denen sie bisher ihre Einkäufe tätigen? Es gilt also, dem potentiellen Kunden mittels gezielter Verbraucherinformation den richtigen Weg zu weisen. Allerdings ist es aus Sicht des Verkäufers zu spät, den neuen Eltern entsprechende Werbung zu schicken, wenn das Kind schon auf der Welt ist. Sie haben die meisten Dinge dann schon gekauft und neue Kaufgewohnheiten entwickelt. *Target* hat daher viel Mühe darauf verwendet, in seinen Kundendaten nach Verbindungen zwischen Schwangerschaften und Kaufgewohnheiten zu suchen. Entscheidend kommt es darauf an, Ähnlichkeiten zwischen einem gerade beobachteten Verhal-

²⁷ Vgl. <http://www.wirtschaftspsychologie-aktuell.de/nachrichten/nachrichten-20150205-facebook-kennt-dich-besser-als-deine-freunde.html>.

²⁸ The New York Times Magazine, 16.02.2012, How Companies Learn Your Secrets, by Charles Duhigg.

²⁹ Vgl. <https://netzpolitik.org/2014/algorithmen-allmaechtig-freiheit-in-den-zeiten-der-statistik/>, (letzter Zugriff 03/2016).

ten mit einem bereits bekannten Verhaltensmuster zu finden. Für Big Data Anwendungen sind die Identität eines einzelnen Menschen, seine Motive, seine Motivation etc. (zunächst) egal. Es geht darum, das Verhalten des einzelnen mit dem anderer ins Verhältnis zu setzen.

So wertet *Target* die Einkäufe der Kundinnen danach aus, wann diese schwanger waren oder sind und vergleicht das Einkaufsverhalten mit dem anderer Kundinnen. Auf diese Weise kann nicht nur der Geburtstermin recht genau bestimmt werden, sondern dieser kann auch mit dem Timing für Werbeaktionen koordiniert werden, um unbewusste Kaufwünsche auszunutzen.

Grundlage der Auswertung ist die Datensammlung des Unternehmens. Sie umfasst unter anderem Vorlieben und Abneigungen beim Einkauf, das konkrete Zahlungsmittel, Teilnahme an Rabattaktionen, Kontaktaufnahmen mit Mitarbeitern, Tageszeiten, Wetterlage. Die konkreten Kundenprofile werden durch Zukäufe um Informationen über Alter, Familienstand, geschätztes Einkommen, Wohnort, Automarke, Jobs, Ausbildung, Interessen, politische Einstellungen etc. erweitert. Diese riesigen Datenbestände werden nach Mustern durchsucht. Für die Suche nach der Schwangerschaft ergaben sich folgende Eigentümlichkeiten: Im Vergleich zu Nichtschwangeren kaufen Schwangere größere Mengen unparfümierter Cremes, mehr Nahrungsergänzungsmittel wie Calcium, Magnesium oder Zink, unparfümierte Seife, Wattebausche, Händedesinfektionsmittel und Feuchttücher. Bei insgesamt etwa 25 Produkten ergaben sich Abweichungen vom üblichen Verhalten der Käuferinnen, aus denen sich Schwangeren-Profile und einen Schwangeren-Score errechnen lassen. Da diese Produkte zu ganz bestimmten Zeitpunkten gekauft werden, lässt sich daraus sogar der Geburtstermin einigermaßen genau berechnen und die Werbung entsprechend planen. So werden ‚Kundeninformationen‘ an Frauen versandt, die im zweiten Drittel ihrer Schwangerschaft sind, also wenn Eltern beginnen, Babyausstattung zu kaufen. Nur die Auswertung massenhaft gewonnener

Daten lässt diese Muster erkennen, auf intimste Details namentlich bekannter Personen schließen und sie (kommerziell) nutzbar machen.

2. Macht

„Macht ist ein politisch-soziologischer Grundbegriff, der für Abhängigkeits- oder Überlegenheitsverhältnisse verwendet wird, das heißt für die Möglichkeit der Machthabenden, ohne Zustimmung, gegen den Willen oder trotz Widerstandes anderer die eigenen Ziele durchzusetzen und zu verwirklichen.“³⁰ Überträgt man diese Feststellung May Webers ins 21. Jahrhundert – insbesondere den im Bereich des Internets und der Digitalisierung, so sind diese ‚Ziele‘ zunächst wirtschaftlicher Natur – es geht um Marktmacht der Anbieter von Leistungen, und zwar sowohl gegenüber Mitbewerbern als auch Kunden. Interessant sind dabei die Formen der Machtausübung, denn längst erschöpft sich diese nicht mehr darin, durch die Brechung entgegenstehenden Willens den eigenen Willen zu verwirklichen. Der Einwilligung kommt eine immer größere Rolle zu.³¹

a) Marktmacht durch Wirtschaftskonzentration

Bereits kurz nach Beginn der Industrialisierung waren Tendenzen zu einer Wirtschaftskonzentration festzustellen, die nach dem Ersten Weltkrieg gegen Ende der Weimarer Zeit einen vorläufigen Höhepunkt erreichte.³² Daran änderte sich aber auch im Dritten Reich nichts. Bereits ab Ende der 1930er Jahren beschäftigten sich Ökono-

³⁰ Max Weber, zitiert in <http://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/politiklexikon/17812/macht>, (letzter Zugriff 03/2016).

³¹ Siehe dazu unten 3.

³² Reinhard Sturm, Zwischen Festigung und Gefährdung 1924–1929, Informationen zur politischen Bildung, Nr. 261/2011, S. 38.

men³³ mit zunehmender Sorge mit dem Phänomen der Wirtschaftskonzentration und zwar gerade im Zusammenhang mit dem technischen ‚Fortschritt‘. *Fritz Haussmann* sah die Notwendigkeit, die alte Wirtschaftsordnung an die Entwicklungen anzupassen, um auch in Zukunft deren reibungsloses Funktionieren zu garantieren.³⁴ Die moderne Technik führe zu einer Produktivitätssteigerung und damit zu einer Konzentration. Hinzu kam eine Monopolisierung – die wiederum eine zentrale Lenkung von Wirtschaftsprozessen implizierte. Nach dem Krieg verfasste die 1949 gegründete Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer³⁵ 1959 eine Denkschrift mit dem Titel „Übermäßige Konzentration – Ihre Gefahren und Möglichkeiten der Eindämmung“.³⁶ Wirtschaftswunder und die Zunahme der Kommerzialisierung aller Lebensbereiche hatten noch einmal eine Verschärfung der Konzentrationstendenzen bewirkt.

Auch die Verfassungen der damaligen Zeit versuchen, einer übermäßigen Wirtschafts- und Vermögenskonzentration entgegenzuwirken. Das kommt etwa in Artikeln der Bayerischen Verfassung von 1946 zum Ausdruck:³⁷ „Die Erbschaftsteuer dient auch dem Zwecke, die

³³ Fritz (Frederick) Haussmann, *Konzentrationsgründe, Theorie und wirtschaftspolitische Bedeutung der Konzentration*, 1940; Walter Eucken, *Technik, Konzentration und Ordnung der Wirtschaft*, 1950 beide veröffentlicht in Hans-Heinrich Barnikel, *Probleme der Wirtschaftskonzentration*, 1975; Hans Otto Lenel, *Ursachen der Konzentration – unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse*, 1961; Helmut Arndt, *Recht, Macht und Wirtschaft*, 1968.

³⁴ Fritz (Frederick) Haussmann, *Konzentrationsgründe, Theorie und wirtschaftspolitische Bedeutung der Konzentration*, 1940, veröffentlicht in Hans-Heinrich Barnikel, *Probleme der Wirtschaftskonzentration*, 1975, S. 1 (42).

³⁵ Heute: Die Familienunternehmer – ASU e.V.

³⁶ Veröffentlicht in Hans-Heinrich Barnikel, *Probleme der Wirtschaftskonzentration*, 1975, S. 60–102.

³⁷ Beschlossen mit der absoluten Mehrheit der Stimmen von CSU und SPD.

Ansammlung von Riesenvermögen in den Händen einzelner zu verhindern“, Art. 123 III 1 BV; „Kapitalbildung ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Entfaltung der Volkswirtschaft“, Art. 157 I BV; „Das Geld- und Kreditwesen dient der Werteschaffung und der Befriedigung der Bedürfnisse aller Bewohner“, Art. 157 II BV; „Arbeitsloses Einkommen arbeitsfähiger Personen wird nach Maßgabe der Gesetze mit Sondersteuern belegt“, Art. 168 II BV.

Im Jahre 1963 gründete *Helmut Arndt* in Berlin ein Institut für Konzentrationsforschung. Gemeinsam mit anderen veröffentlichte er 1969 ein Buch mit dem Titel „Konzentration ohne Kontrolle“.³⁸ Die Autoren kritisieren, dass der Staat diese Entwicklung nicht bremst und dass die öffentlichen Kontrollen über die Kartelle und die marktbeherrschenden Unternehmen ebenso unzureichend sind wie die bisherigen Versuche, der Einkommens- und Vermögenskonzentration durch eine gerechtere Verteilungspolitik entgegenzutreten. Die Kritik an diesen Zuständen ist seither nicht verstummt, wird aber von der Mehrheit der Bevölkerung immer noch nicht aufgegriffen. Sie verlässt sich darauf, dass mit dem 1958 erlassenen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und kartellrechtlichen Regelungen auf europäischer Ebene der vorgezeichneten Entwicklung entgegengewirkt werden kann. Bundeskartellamt und Europäische Kommission, hier die Generaldirektion Wettbewerb, haben in der Vergangenheit auch eine Reihe spektakulärer Verstöße geahndet oder marktbeherrschende Zusammenschlüsse verhindert. Die Praxis zeigt aber, dass die räumliche Beschränkung der Kartellrechte und widerstreitende nationale Interessen auf Dauer eine immer weitergehende Konzentration und Monopolisierung nicht wirkungsvoll verhindern können. Die Globalisierung hat zwar einerseits die Verbreitung des Internets ermöglicht, schränkt aber gleichermaßen die rechtliche Beherrschbarkeit der Akteure ein.

³⁸ Helmut Arndt u.a. *Konzentration ohne Kontrolle*, 1969.

„Zudem bewegt sich diese Macht heute mit der Geschwindigkeit elektronischer Signale, ist also schwer greifbar, exterritorial und physisch unabhängig. Sie rinnt durch Raum und Zeit und hält sich vor allem nicht an nationale Grenzen oder Rechtsräume.“³⁹ Im Verhältnis zu den Zuständen in den 1960er Jahren hat sich die reale Macht, also die Einwirkungsmöglichkeit Privater auf die Gesellschaft, aber auch auf das Leben Einzelner potenziert. Noch nie hatten einzelne Personen so viel Zugriff auf persönliche Daten, so viel Zugriff auf das Leben Einzelner und damit – nennen wir es beim Namen – ‚Macht‘ über sie.

b) Staatsmacht und private Macht

Macht hat sich zudem von staatlicher Autorität entfernt, sie liegt nun bei totalitär agierenden Wirtschaftsmächten.⁴⁰ Das Anwachsen privater Macht hat staatliche Macht vermindert. Gerade bei der Nutzung neuer Kommunikationsmittel ist der Staat auf die Mithilfe Privater angewiesen. Geheimdienste arbeiten eng mit Internetunternehmen zusammen und sind faktisch von ihnen abhängig.

Die fehlende Abgrenzung des Staates von privater Macht bedeutet eine große Gefahr für die freiheitlich demokratische Grundordnung. Hier liegt das derzeit wohl spürbarste Problem der „Gewaltenteilung“.⁴¹ Durch die verstärkte institutionelle Einbindung privater Macht und der personellen Beteiligung Privater an Staatsaufgaben verlieren staats- und verwaltungsrechtliche Gestaltungs- aber auch Kontrollmechanismen ihren von der Verfassung vorgesehenen Sinn. Das beklagte *Edda Müller* schon 1977: „Die Disfunktionalität des gegenwärtigen pluralis-

³⁹ Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Zygmunt_Bauman, (letzter Zugriff 03/2016). Zygmunt Bauman/David Lyon, Daten Drogen, Disziplin, 2013; Zygmunt Bauman, Flüchtige Moderne, 6. Aufl. 2015, S. 18.

⁴⁰ Zygmunt Bauman/David Lyon, a.a.O., S. 135–141.

⁴¹ Dazu Michael Dudek, Deutungen der Anwaltschaft, 2011, S. 32–34 mit Beispielen.

tischen Systems ist offensichtlich. Der Staat kann sich deshalb nicht mehr auf einen pluralistischen Selbstregulierungsmechanismus verlassen. ... Neben dem Problem des asymmetrischen Pluralismus, d.h. der mangelnden Chancengleichheit der Interessenartikulation, liegt die entscheidende Problematik in der Begrenzung und Behinderung der staatlichen Handlungsfähigkeit und Ausgleichsfunktionen.“⁴² Damals wie heute führt die Beteiligung privater Macht nicht zu Kompetenzgewinn und sie ersetzt vor allem nicht eine demokratisch legitimierte Willensbildung im Sinne des Grundgesetzes.

c) Macht über das Verfahren

Ein konkretes Beispiel für die Ausübung von Macht ist die Gestaltung von Handelsplattformen im Internet. Letztlich hat der Kunde keinerlei Verhandlungsspielraum mehr. Er kann sich dafür entscheiden, ein Produkt zu exakt den vorgegebenen Bedingungen zu kaufen – oder auf den Kauf zu verzichten. Darauf weist *Reinhard Singer* in seinem Beitrag in diesem Band eindrucksvoll hin.⁴³

3. Manipulation

Im Unterschied zur Macht „als Möglichkeit, gegen den *Widerstand* anderer, aber auch bloß *ohne deren Zustimmung* die eigenen Ziele durchzusetzen“, versteht man unter Manipulation „alle Prozesse, die auf eine Steuerung des Verhaltens und Erlebens von Einzelnen und

⁴² Edda Müller, Das Unbehagen an den Verbänden, Aus Politik und Zeitgeschichte (Beilage zur Wochenzeitung das Parlament), 26.02.1977, 36–44; S. 44; anders noch Franz Böhm, Demokratie und ökonomische Macht, 1960, in Grundmann / Micklitz / Renner, Privatrechtstheorie, Bd. 1 S. 1040–1063, der die Auswirkungen konzentrierter Wirtschaftsmacht im Wesentlichen auf dem betroffenen Markt ausmachte.

⁴³ Reinhard Singer, Die Einwilligung im Zivilrecht an konkreten Beispielen, 2. c) bb).

Gruppen zielen und diesen verborgen bleiben sollen.“⁴⁴ Der Manipulierte wirkt also aktiv an der Zielerreichung anderer mit, ohne dass ein Widerstand gebrochen werden müsste – und das meist, ohne dass er sich einer Form von Machtausübung über ihn bewusst ist.

a) Kommunikation, Werbung, Manipulation

Unter die eben zitierte Definition von Manipulation lassen sich fast alle Formen menschlicher Kommunikation subsumieren. Deshalb fasst *Andreas Edmüller* seine Definition enger: „Alle Arten von Verhaltensweisen, die Menschen – bewusst oder unbewusst – gegen andere Menschen einsetzen.“⁴⁵ Demnach wird erst durch die Verfolgung eines gegen andere gerichteten Zwecks – mit hinreichender Eindringlichkeit und / oder unfairen Mitteln – aus einer neutralen Verhaltensweise die negativ zu bewertende Manipulation.

In der Praxis lassen sich „kommunikative Praktiken zur Beeinflussung der bewussten Entscheidung (Überzeugung) und kommunikative Praktiken zur Ausnutzung von Willensschwäche oder eingeschränkter Entscheidungsfähigkeit“ nur schwer voneinander unterscheiden. Das wird besonders deutlich im stationären Einzelhandel.⁴⁶ Dort gibt es fast keine Situation mehr, die nicht von Werbepsychologen eingehend auf ihre Eignung zur bewussten oder unbewussten Beeinflussung der Kaufentscheidung der Kunden untersucht worden wäre: Sortiment, Personalverhalten, Ladenatmosphäre, Wegelenkung der Kunden, Bodenbelag, Platzierung, Regalfüllung, Preisoptik, Hintergrundmusik, Duftnoten, Degustationen, Deckenhänger, Regalstopper oder bewusst

⁴⁴ Das neue Bertelsmann Lexikon, 2002, „Manipulation“.

⁴⁵ Thomas Wilhelm/Andreas Edmüller, *Manipulationen erkennen und abwehren*, 2005, S. 7; weitergehend Andreas Edmüller, *Einwilligung und Manipulation*, Ziff. 2.

⁴⁶ Beispiel nach <https://de.wikipedia.org/wiki/Manipulation>, (letzter Zugriff 03/2016).

eingebaute Griffücken im Regal. Besonders intensiv diskutiert wurde die Platzierung von Süßigkeiten oder Spielwaren in der Regal-Bückzone – der Blick- und Griffzone der Kinder – oder in der Kassenzone („Quengelware“).

Wann kann man in diesen Fällen von Manipulation, insbesondere von unzulässiger oder „unfairer“ Manipulation sprechen? Klar ist, dass alle genannten Maßnahmen nur dem Zweck dienen, eine Willensänderung des Kunden zu bewirken: Der Kaufunwillige soll zum Kauf angeregt, der Entschlossene in der Auswahl der Produkte beeinflusst werden. *Andreas Edmüller* zählt in seinem philosophisch-pragmatischen Beitrag einige Prüfkriterien auf, die bei der Beurteilung der dargestellten Verkaufspraktiken eine Entscheidungshilfe geben können. *Rechtlich* ist die Grenze im Wesentlichen durch den Schutz Geschäftsunfähiger, die Rechte bei Willensmängeln und das Lauterkeitsrecht (UWG) gezogen.⁴⁷

b) Von der Manipulation zur Selbst-Konditionierung

Verkaufsstrategien für den Einzelhandel werden im Kontext der Konsumgesellschaft entwickelt. Seit Beginn der Industrialisierung prägte der Konsum wie wohl kein anderer Begriff das Denken und Verhalten der Gesellschaft und ihrer Mitglieder. In den letzten Jahrzehnten gewann daneben das „Wirtschaftswachstum“ begrifflich an Bedeutung.

Umfassende Kritik an der industriellen Wirtschaftsform und damit auch an der Konsumgesellschaft übte bereits *Karl Marx*. 1964 veröf-

⁴⁷ Wie aus einer anderen Welt mutet heute dagegen die Diskussion in den 1970er Jahren an, vgl. Eike von Hippel, Kontrolle der Werbung?, ZRP 1973, 177–181, der staatliche Werbekontrolle wie in den USA oder Schweden fordert; krit. dazu Uwe Albrecht, ZRP 1974, 32–34; vermittelnd Norbert Reich, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187–194.

fentlichte *Herbert Marcuse* seine Auseinandersetzung mit der Konsumgesellschaft. Für ihn werden die Menschen durch Werbemanipulation auf Konsumverhalten hin konditioniert.⁴⁸

Etwas Ähnliches beschreibt *Erich Fromm* in den 1970er Jahren mit dem „Marketingcharakter“, „der die Konformität der öffentlichen Meinung oder aktueller Moden sucht und seinen Selbstwert dadurch definiert, dass er in den Augen der anderen als etwas gilt. Sein Selbsterleben ist davon abhängig, dass er sich auf dem Personalmarkt wie eine Ware anbietet und Nachfrage erzielt. Eingeschränkte Bindungsfähigkeit und Flexibilität bis hin zur Gleichgültigkeit und Beliebigkeit sind Charakterzüge eines Menschen, der dieser Marketing-Struktur entspricht.“⁴⁹

Für den britischen Ökonomen *Fred Hirsch* sind die materiellen Bedürfnisse in den fortgeschrittenen Gesellschaften im Wesentlichen befriedigt.⁵⁰ Dadurch gewannen Güter, die an Wert verlieren, je mehr Menschen sie konsumieren, an Bedeutung.⁵¹ Beispiele seien etwa Statussymbole, Fernreisen zu ursprünglichen, exotischen Zielen oder

⁴⁸ Herbert Marcuse, *Der eindimensionale Mensch*, 1964; aktuell in der Diskussion, vgl. Christoph Braun, *Konsumkritik auf Party-Tour*, *Zeit Online*, 16.10.2014, <http://www.zeit.de/kultur/musik/2014-10/herbert-marcuse-der-eindimensionale-mensch-50-jahre>, (letzter Zugriff 03/2016).

⁴⁹ Erich Fromm, *Die Kunst des Liebens*, 1980, S. 13 f., S. 33, S. 105 f.; ders. *Haben oder Sein*, 1976, S. 26; S. 33; S. 68 f.; S. 111; S. 169 ff.; <http://de.wikipedia.org/wiki/Marketing-Charakter>, (letzter Zugriff 03/2016).

⁵⁰ Nach Schätzungen werden 80% der produzierten Konsumgüter gar nicht oder nur einmal verwendet, darauf nimmt auch Christoph Sieber, *Hoffnungslos optimistisch*, *3satfestival 2015*, Min. 23:30 – 25:00, Bezug, <http://www.3sat.de/mediathek/?mode=play&obj=53951> (letzter Zugriff 3/2016).

⁵¹ Fred Hirsch, *Die sozialen Grenzen des Wachstums, eine ökonomische Analyse der Wachstumskrise*, 1980, S. 230 f.; ihm folgend Irving Fetscher, *Individualisierung versus Solidarität*, 2003.

Baugrundstücke an einem Seeufer. Der Wettbewerb um die individuelle Position in der Gesellschaft werde dadurch weiter angeheizt, es werde „gesellschaftliche Knappheit“ generiert. Diese Knappheit, die auf der relativen Position und relativem Konsum der Mitglieder einer Gesellschaft untereinander gründet, ließe sich durch Wachstum nicht beseitigen. Das Versprechen, dass das Wachstum zu künftiger Bedürfnisbefriedigung und zunehmender wirtschaftliche Gleichheit führen würde, und das heutigen Konsumverzicht und heutige Ungleichheit begründe, ließe sich wegen der zunehmenden gesellschaftlichen Knappheit nicht einlösen und führe zu Frustration und Desillusionierung.⁵²

Trotz zunehmender Warnungen begegnet die Gesellschaft der ihr drohenden Enttäuschung mit immer mehr Teilnahme an modernen Märkten und Konsum. Es war noch nie so einfach und vermeintlich billig,⁵³ Dienstleistungen aller Art in Anspruch zu nehmen, mit anderen zu kommunizieren oder auf Wissen zuzugreifen.⁵⁴ Was macht es so attraktiv, sich immer stärker auf die Konsumgesellschaft einzulassen und Teil dieser Gesellschaft (neuer Dimension) zu werden?

Zygmunt Bauman schreibt dazu: „Schülerinnen und Schüler, die öffentliche Selbstdarstellung mit Begeisterung betreiben, um auf sich aufmerksam zu machen und sich durch die Teilnahme am Spiel der Gesellung unverzichtbare Anerkennung und Zustimmung zu verschaffen, aspirierende Kunden großer Firmen, die sich um den Nachweis ihrer Kaufkraft und Kreditwürdigkeit bemühen, um einen besseren Service zu bekommen, und hoffnungsvolle Migranten, die Sympathie-

⁵² Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Fred_Hirsch, (letzter Zugriff 3/2016).

⁵³ Billiger dürfte die Internetwirtschaft das Leben im Blick auf die globalen, volkswirtschaftlichen Gesamtkosten sicher nicht gemacht haben. Die Kosten wurden lediglich verlagert.

⁵⁴ Eindrucksvoll nachgewiesen von Peter Burke, *Die Explosion des Wissens, Von der Encyclopédie bis Wikipedia*, 2014; der Autor macht aber auch auf die vielfältigen Gefahren der Entwicklung aufmerksam, S. 315 ff.

punkte sammeln und die Nachfrage nach den von ihnen angebotenen Dienstleistungen anfachen wollen, damit sie ins Land gelassen werden: drei Kategorien auf den ersten Blick vollkommen unterschiedlicher Leute, die sich wie Myriaden anderen Kategorien zurechenbarer Menschen auf dem Markt anbieten und einen guten Preis für sich herausholen müssen, sind dadurch verleitet, aufgerufen oder gar gezwungen, Werbung für eine attraktive und begehrenswerte *Ware* zu machen, um deren Marktwert nach besten Kräften und mit allen verfügbaren Mitteln zu steigern. Und die Ware, die man sie auf den Markt bringen, zu promoten und zu verkaufen zwingt, sind *sie selbst*. Sie sind Werber und beworbenes Produkt zugleich.“⁵⁵

Es ist die Furcht, den Anschluss zu verlieren.⁵⁶ Die Furcht, ausgegrenzt zu sein. Datenhingabe als Eintrittspreis für die neue Gesellschaft, in der sich der Mensch zur Ware macht.⁵⁷ Der Mensch wird vom Subjekt zum Ding, er wird zählbar, messbar, sein Wert drückt sich in seinen Parametern aus, um deren Erhalt er ständig kämpft. Entgegen häufiger Vorwürfe sind die Bürger nur allzu bereit, den Wandel der technischen Verhältnisse nachzuvollziehen, sind sie sind bereit, für ihre Parameter zu kämpfen. Das heißt nicht, dass jeder die technischen Grundlagen verstehen muss. Entscheidend ist, dass er die Technik nutzt. Wer die Technik anwendet, wird sich so verhalten, dass er nicht ausgeschlossen wird und möglichst viele Creditpoints sammelt. Es bedarf keiner Unterdrückung, um dieses Verhalten zu bewirken. Es handelt sich um eine freiwillige Unterwerfung, will man in der vernetzten Gesellschaft ‚mitspielen‘. Der Mensch konditioniert sich

⁵⁵ Zygmunt Bauman/David Lyon, Daten Drohnen, Disziplin, 2013, S. 46 f.

⁵⁶ Zygmunt Bauman/David Lyon, a.a.O., S. 83 f.; Byung Chul Han, Psychopolitik, 2. Aufl. 2014, S. 25–37, S. 90.

⁵⁷ Darauf weist auch eindrucksvoll die interaktive Dokumentation „in limbo“ hin, <http://inlimbo.tv/de/>.

selbst, er beutet sich selbst aus.⁵⁸ Sein äußerer Wille muss nicht mehr gebeugt werden – weil sein innerer längst manipuliert ist.

c) Verstärkende Faktoren – ‚es darf doch noch etwas mehr sein‘?

Unterstützt wird dieses Verhalten von Anreizsystemen, Incentives, Scoring oder Gamifizierung im Alltag.⁵⁹ Die Zahl derjenigen, die dagegen kritische (Rest-)Widerstände aufbauen oder versuchen, sich dem zu entziehen, ist im Schwinden begriffen. Dafür sorgt die ungeheure Eigendynamik der Entwicklung.

Dazu kommt, dass sich das Verhalten der Menschen ändert, wenn sie sich beobachtet wissen.⁶⁰ Die ganzheitliche Erfassung der Menschen in wohllorganisierten Datensammlungen und die permanente Verfügbarkeit von Scorewerten in Echtzeit werden das Bewusstsein der Bevölkerung immer stärker verändern.⁶¹ Das gilt besonders dann, wenn eine unbekannte Vielzahl von Personen intimste Daten einer konkreten Person auch tatsächlich zuordnen können.

⁵⁸ Byung Chul Han, Psychopolitik, a.a.O., S. 14 ff., S. 84.

⁵⁹ Versicherungstarife nach Lebenswandel, <http://www.br.de/themen/ratgeber/inhalt/computer/generali-kranken-versicherung-daten-fitness-armband-100.html> (Abruf 10/2015).

⁶⁰ Jutta Limbach, Ist die kollektive Sicherheit der Feind der individuellen Freiheit, AnwBl 2002, 454–458, 457 m.w.N.; ‚Big Brother is watching you‘ – man denke hier nur an Orwells eindrucksvolle dystopische Parabel 1984 oder Foucaults Ausführungen zu den Zusammenhängegen von Überwachen, Kontrolle und Macht.

⁶¹ Der strafrechtlich geprägte Begriff des Mitbewusstseins meint zum einen wahrnehmungsbedingtes oder auch „sachgedankliches“ Mitbewusstsein (also kein aktuelles Nachdenken über die Umstände, sondern ein Mitwissen), zum anderen sogenanntes Begleitwissen; vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 1992, § 12, Rn 108 f.; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Urteil vom 28.06.1977 – RReg 4 St 58/77.

Die Möglichkeit, mit Hilfe der Digitalisierung virtuelle Darstellungen real erscheinen zu lassen, verschärft das Problem. Es ist auch kein Zufall, dass Softselling,⁶² Nudgeing⁶³ oder Astroturfing⁶⁴ als gesellschaftlich wirksame Methoden zur Stabilisierung der Bevölkerung angewandt werden.⁶⁵

Verstärkend wirkt aber auch die durch das Internet ermöglichte Meinungsvielfalt. Das klingt aufs erste paradox. Doch die Möglichkeit zu jedem Sachverhalt beliebig viele Fakten oder als solche etikettierte Meinungen auffinden zu können, erhöht keinesfalls die Bereitschaft, an die Richtigkeit der angebotenen Informationen zu glauben. Die größten Chancen hat derjenige, der ‚am lautesten schreit‘ – oder übersetzt in die Logik des Internet: es ‚gewinnt‘, wem es gelingt, die ersten zehn Links in der Ergebnisliste bei Google zu platzieren. Das Rennen macht hier in der Regel der wirtschaftlich Potentere – kleine Finanzspritzen sind hier das Dopingmittel der Wahl.

Überdies fällt es immer schwerer, wichtige von unwichtigen Informationen zu unterscheiden. Das gilt aber auch für Entscheidungen. So haben eine Hotelbewertung, ein „like“ oder eine politische Wahlent-

⁶² Softselling: Form des persönlichen Verkaufs, bei der versucht wird, die für den Kunden optimale Problemlösung zu finden. Die auf Kundenzufriedenheit fokussierte Verkaufstechnik empfiehlt sich bes. dann, wenn auf langfristige Kundenbindungen Wert gelegt wird; <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/82198/soft-selling-v8.html>, (letzter Zugriff 03/2016).

⁶³ Nudgeing: Methode, das Verhalten von Menschen auf vorhersagbare Weise zu beeinflussen, ohne dabei auf Verbote und Gebote zurückgreifen oder ökonomische Anreize verändern zu müssen; <https://de.wikipedia.org/wiki/Nudge>, (letzter Zugriff 03/2016).

⁶⁴ Astroturfing: Formen von Propaganda versucht Astroturfing, die Emotionen der Öffentlichkeit gezielt zu beeinflussen und eine starke öffentliche Meinung mit einer bestimmten Ausrichtung vorzutäuschen; <https://de.wikipedia.org/wiki/Astroturfing>, (letzter Zugriff 03/2016).

⁶⁵ Zygmunt Bauman / David Lyon, Daten Drogen, Disziplin, 2013, S. 76.

scheidung immer häufiger die gleiche Bedeutsamkeit, werden mit dem gleichen Aufwand und der gleichen Reflexion getroffen.

d) Technologischer Totalitarismus

Frank Schirrmacher hat zu all dem kurz vor seinem Tod ein Buchprojekt mit dem Titel „Technologischer Totalitarismus“ auf den Weg gebracht.⁶⁶ Und tatsächlich lässt sich das, was geschieht, leicht unter die politikwissenschaftliche Definition von Totalitarismus subsumieren: Totalitarismus ist demnach „eine diktatorische Form von Herrschaft, die, im Unterschied zu einer autoritären Diktatur, in alle sozialen Verhältnisse hinein zu wirken strebt, oft verbunden mit dem Anspruch, einen „neuen Menschen“ gemäß einer bestimmten Ideologie zu formen. Während eine autoritäre Diktatur den Status quo aufrechterhalten sucht, fordert eine totalitäre Diktatur von den Beherrschten eine äußerst aktive Beteiligung am Staatsleben sowie dessen Weiterentwicklung in eine Richtung, die durch die jeweilige Ideologie angewiesen wird.“⁶⁷

Neben purem Machtstreben lassen sich noch andere, ideologische Triebfedern für diese Entwicklung identifizieren. Der Mensch hat offensichtlich das Bedürfnis, insgesamt für geordnete Verhältnisse sorgen zu wollen. Am eindringlichsten hat dies wohl *Zygmunt Bauman* erforscht: „Was als Fallbeispiel dafür erscheint und ausgegeben wird, dass Menschen ihre üblen Instinkte aufgeben oder hinter sich lassen, oder sie umgekehrt abwürgen oder zu unterdrücken lernen, sollte man lieber als Folge einer gesellschaftlichen (und in der Regel machtgestützten) „Manipulation der Wahrscheinlichkeit von Ereignissen“ betrachten. Die Manipulation (Neugewichtung, Umverteilung) der Wahrscheinlichkeit bestimmter Ereignisse mit dem Ziel, das Ge-

⁶⁶ Frank Schirrmacher, *Technologischer Totalitarismus*, 2015.

⁶⁷ Vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Totalitarismus>, (letzter Zugriff 03/2016).

wünschte häufiger, das Unerwünschte seltener eintreten zu lassen, ist die vornehmste Absicht allen „Ordnungsschaffens“ und generell jeder „Strukturierung“ zuvor von zufälligen („chaotischen“) Erscheinungen bestimmter Lebensbereiche; nur die dominierenden Ordnungsmodelle und die beliebtesten Strukturen wechseln im Lauf der Geschichte – anders als das übliche Verständnis von „Fortschritt“ glauben machen will allerdings nicht in einheitlicher und koordinierter Weise, sondern eher nach dem Vorbild des Pendelschlags.“

Was sich unter wirtschafts- und rechtshistorischen Vorzeichen als Technologischer Totalitarismus bezeichnen lässt, beschreibt Baumann aus einer interdisziplinär-verknüpfenden Warte aus metaphorisch als die Dämonen des 20. Jahrhunderts – die ‚Geister, die wir riefen‘, um den Herausforderungen, die die Moderne von Anfang an auftraten, gewachsen zu sein.

„Die jedem einzelnen der sukzessiven Modernisierungsschritte bzw. jedem davon betroffenen Bereich gestellte, aber nie zu Ende ... gedachte Aufgabe war es, dem regellosen unkontrollierten Chaos eine transparente und handhabbare Form aufzuzwingen, kurz: Ordnung in die bis dahin ärgerlich opake, nervtötend unvorhersagbare und zum Wahnsinnigwerden unfolgsame, menschliche Wünsche und Ziele offen ignorierende Welt zu bringen, und zwar eine möglichst umfassende, unangefochtene und unanfechtbare Ordnung. Eine Ordnung der unbeugsamen Vernunft...“

Die Gräueltaten, die dem Verlauf jenes „kurzen Jahrhunderts“ ... prägten, waren aus einem Traum von endgültiger und vollkommener Sauberkeit, Reinheit, Klarheit und Transparenz geboren ...

Dabei taten Kommunisten und Nationalsozialisten nur, was andere ebenfalls tun wollten, jedoch zu zaghaft oder zu vorsichtig, jedenfalls nicht entschlossen genug waren ... Und was wir heute weiterhin tun wenn auch auf weniger spektakuläre und damit weniger abstoßende Weise, nämlich gleichsam verdünnt und abgeschwächt ... da wir die

Distanzierung von Menschen und die Automatisierung des Umgangs mit ihnen weithin betreiben.“⁶⁸

Carlo Schmid, einer der Väter unseres Grundgesetzes, formulierte einmal: „Wie oft tritt da nicht an uns die Versuchung heran, es mit Gewalt und Zwang zu versuchen! Wie oft drängt sich uns da nicht auf, es mit dem „totalen Staat“ zu wagen, in dem alles so einfach geht wie in der Kaserne, in dem man nicht zu warten braucht, bis die Frucht reift! Aber vergessen wir nicht: Der totale Staat verlangt auch seinen Preis, und der ist: die Freiheit des Menschen! Und diesen Preis dürfen wir nicht bezahlen wollen, wenn wir nicht auf die Würde des Menschen verzichten wollen.“⁶⁹

Wenn wir von Freiheit sprechen, meinen wir gemeinhin die Möglichkeit, ohne Zwang zwischen allen Möglichkeiten auswählen und entscheiden zu können.⁷⁰ *Epiktet* (im ersten Jahrhundert nach Christus) trennte strikt zwischen Dingen und Zuständen, die sich außerhalb der menschlichen Macht befinden und daher als gegeben angenommen werden müssen einerseits, und solchen, die das Innerste des Menschen betreffen und daher ausschließlich Gegenstand seines Einflusses sind andererseits: „Wir gebieten über unser Begreifen, unseren Antrieb zum Handeln, unser Begehren und Meiden, und, mit einem Wort, über alles was von uns ausgeht; nicht gebieten wir über unseren Körper, unseren Besitz, unser Ansehen, unsere Machtstellung, und mit einem Wort, über alles, was nicht von uns ausgeht.“⁷¹

⁶⁸ Zygmunt Bauman/David Lyon, *Daten Drogen, Disziplin*, 2013, S. 101 f.; S. 104; S. 107 f.

⁶⁹ Carlo Schmid, *Politik als geistige Aufgabe*, 1973, S. 36 f.; sehr lesenswert auch zum gesamten Thema Christoph Goos, *Innere Freiheit*, 2011.

⁷⁰ <https://de.wikipedia.org/wiki/Freiheit>, (letzter Zugriff 03/2016).

⁷¹ Epiktet, *Handbüchlein der Moral*, 2004, S. 5.

Angesprochen ist der Unterschied zwischen äußerer und innerer Freiheit. Nach der traditionellen Vorstellung ist es die innere Freiheit, die einem Menschen auch dann noch verbleibt, wenn er die äußere verloren hat. Seit *Epiktet* taucht dieser Gedanke immer wieder auf, bei Martin Luther etwa in der „Freiheit eines Christenmenschen“ bis hin zu eben *Carlo Schmid*. Die Aktivitäten im Internet zielen darauf ab, uns der Möglichkeit zu berauben, zwischen Möglichkeiten auszuwählen und entscheiden zu können. Dabei geht es nicht mehr um Zwang, also die äußere Freiheit, sondern Manipulation, also die innere Freiheit. Sie droht verloren zu gehen – und das, ohne dass wir uns wehren.

e) Selektion – Folge der Entwicklung

Neben der Möglichkeit der Manipulation hat die Auswertung der Daten aber noch einen ganz anderen praktischen Nutzen. Sie dient der Selektion – der Selektion der User / Käufer etc.⁷² Es reicht nämlich nicht aus, wenn jeder aufgrund der ihm vorgegebenen Datenbasis erkennen muss, ‚was gut für ihn ist‘. Die Beplankung seines Weges ist stärker, als er wahrhaben will.⁷³

Callcenter wählen automatisch aus, wer in der Unendlichkeit einer Warteschleife verbleibt oder mit einem Sachbearbeiter verbunden wird. Die Bank lässt bei der Kreditvergabe Zahlen auf unbekannt Weise z.B. durch die Schufa, auswerten. Ein Händler bestimmt den Kreis seiner Kunden oder deren Rabattstaffel vollautomatisch.

⁷² Zygmunt Bauman/David Lyon, Daten Drogen, Disziplin, 2013, S. 83 ff. (86), 150 ff.; Byung-Chul Han, Psychopolitik, 2. Aufl. 2014, S. 89 ff.

⁷³ Die Auswertung statistischen Materials zur Lenkung und Selektion ist dabei keine neue Erscheinung, vgl. Götz Aly / Karl Heinz Roth, Die restlose Erfassung – Volkszählen, Identifizieren, Aussondern im Nationalsozialismus, 1984.

Die Automatisierung des Zugangs zu Einrichtungen mit speziellen Ausweisen nimmt zu. Die Verwaltung der Zugangsberechtigung, z.B. in Betrieben, ist zentral gesteuert. Wir haben uns daran gewöhnt, dass es strenge Vorgaben dafür gibt, welcher Mitarbeiter welche Bereiche des Intranets in Unternehmen nutzen darf – und welche nicht.

Eingepflanzte Transponder unter der Haut ermöglichen den Zugang zu Discos und Clubs, ohne dass es eines lästigen Türstehers bedarf. Den Rest besorgt eine massive Brandschutztür mit Einzeldurchlass. Ähnliches ist für Stadtviertel, Transportmittel, Vergnügungsstätten, den gesamten öffentlichen Raum denkbar und wird bereits angewendet.

Dementsprechend werden Personen von der Nutzung des öffentlichen Verkehrs auch automatisch ausgeschlossen. Sie befinden sich dann beispielsweise auf Ausreiseverbots-Listen in den USA oder auf Listen, die eine Nutzung von Flugzeugen ausschließen. Das alles aufgrund zivilrechtlicher Vorgaben und der Vertragsfreiheit; öffentlicher Eingriffe bedarf es nicht. Natürlich wird davon noch nicht umfassend Gebrauch gemacht. Wenn das System flächendeckend ausgebaut ist, wird man der Versuchung nicht widerstehen können. Denn alles, was technisch machbar ist, wird auch umgesetzt.

Noch spannender ist die Art, wie Suchmaschinen die Welt für uns individuell aufbereiten.⁷⁴ Jeder erhält sein eigenes Google-Profil – und damit jene Sicht auf die Welt, die Google für uns vorherbestimmt. Jeder wird in den Kokon eingewoben, der seinem persönlichen Profil entspricht. Und natürlich wird Google uns auch vor dem beschützen, was schlecht für uns ist. Deswegen wählt google-books auch gleich sorgsam die zur Verfügung gestellten Titel aus.

⁷⁴ Hierzu Boris P. Paal, Vielfaltsicherung im Suchmaschinensektor, ZRP 2015, 34–38, der einen rechtlichen Ordnungsrahmen und eine umfassende Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen für erforderlich hält.

Und die Optimierung geht weiter: Amazon hat im Juli diesen Jahres sein Vergütungssystem für Autoren geändert. Statt früher nach geladenen Titeln, wird heute nach gelesenen Seiten bezahlt. Denn selbstverständlich protokolliert *kindle* das Leseverhalten mit.⁷⁵ „Der Trend zum digital durchleuchteten oder programmierbaren Lesen erzeugt eine ganz neue Form der stellenbezogenen Lektüre.“⁷⁶ Vor allem aber wird dieser Trend das Schreibverhalten der Autoren verändern. Das Angebot wird also bereits in den Köpfen der Autoren kommerziell optimiert.

f) Auswirkungen – Die Möglichkeit des Mehr an Manipulation

Das Internet ist unmittelbar verbunden mit der neuen Immaterialität der Dinge und allen Seins. Wir leben in einer Medienökologie: Medien umgeben uns, wir sind mit ihnen eins geworden. Und so ist auch das Internet ein Teil von uns und unserer bewussten und unbewussten Wahrnehmung der Welt – unseres kognitiven und emotionalen Erlebens. Mit der Digitalisierung wird die Welt medial darstellbar und die einzelnen Medien untereinander verknüpfbar. Medien und Daten, materielle und immaterielle Kultur konvergieren.⁷⁷

Die Digitalisierung eröffnet aber auch die Möglichkeit auf der Ebene der abgebildeten realen Welt eine virtuelle zu erschaffen, die nicht von der realen zu unterscheiden ist. Der Nutzer hat keine Möglichkeit mehr, das zu durchschauen.

⁷⁵ Vgl. <http://www.spiegel.de/netzwelt/gadgets/amazon-bezahlt-e-book-autoren-nach-gelesenen-seiten-a-1040069.html>, (letzter Zugriff 03/2016).

⁷⁶ Vgl. <http://www.welt.de/kultur/literarischewelt/article143989000/Wenn-Software-im-Zauberberg-nach-Erotik-sucht.html>, (letzter Zugriff 03/2016).

⁷⁷ Andrew Dewdney, *The new media handbook*, 2006; Reema Khurana / Rashmi Aggarwal, *Interdisciplinary Perspectives on Business Convergence, Computing, and Legality*, 2013.

Zudem ermöglicht Digitalisierung die Schaffung eines digitalen Zwillings einer Person. Dieser Zwilling lässt sich digital und vollautomatisch verarbeiten. Mit der exakten Auswertung persönlicher Daten und der Selektion und Neuerschaffung von Informationen stehen alle Bauteile erfolgreicher Manipulation bereit. Genau davon lebt die Internetindustrie.

Durch die Möglichkeit eines gewaltigen Mehr an Manipulation und der Selektion der Nutzer des Internets verfestigt die Digitalisierung vorhandene und sich ausbildende Strukturen der Macht. Die Selektion ermöglicht es, den Markt und seine Zugänge zu ordnen – sie führt damit zur Schaffung von Monopolen.

4. Gesellschaftliche Reaktionsbereitschaft und -geschwindigkeit

a) Stimmungen?

Deutschland liegt im World Happiness Report 2013⁷⁸ auf Platz 26 – obwohl es eines der reichsten Länder ist. Am glücklichsten sind die Nordeuropäer und die Schweizer, Länder mit einer hohen Solidarität innerhalb der Bevölkerung, stark ausgebauten Sozialeinrichtungen und sicher nicht den niedrigsten Steuersätzen. Vielleicht ein Grund mehr, sich über die richtige Positionierung und die eigenen Einstellungen Gedanken zu machen.

Die Brisanz des Themas entsteht nicht dadurch, dass die Gesellschaft sich nicht eilig genug dem technischen Fortschritt unterordnet. Sie besteht vielmehr darin, dass die Gesellschaft nicht rechtzeitig in einen Dialog über die technischen Entwicklungen und ihre Vor- und Nach-

⁷⁸ Vgl. <http://unsdsn.org/resources/publications/world-happiness-report-2013/>; <http://pdf.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2013-09/un-bericht-daenemark-glueck.pdf>, (letzter Zugriff 03/2016).

teile eintritt,⁷⁹ dass sie technischen Fortschritt nicht für eine menschlich geprägte Gesellschaft nutzt und Fehlentwicklungen korrigiert. Das Problem ist nicht der technische Fortschritt – das Problem ist der Einzelne und seine Einstellung zu gesellschaftlichen Erscheinungen, seiner Bereitschaft, auf Fehlentwicklungen zu reagieren, und dies in angemessener Geschwindigkeit. Gunter Dueck, ehemaliger Entwicklungschef von IBM, hat das einmal so zum Ausdruck gebracht:⁸⁰ „Ich habe ... viel über Sophrosyne nachgedacht, eine der Kardinaltugenden nach Platon. ‚Maßhalten‘. Wissen, was das Rechte zwischen den Extremen ist. Zwischen Freud und Leid, Hunger und Völlerei. Die Weisheit besitzen, die Mitte und das Gesunde zu kennen. ... Immer, wenn einige eindringlich ‚Hör doch auf!‘ rufen, beginnt die Sünde, die Neurose, der Krieg oder die ökonomische Krise. Im Grunde müssen wir alle lernen, auf ‚Hör auf! Das geht zu weit!‘ zu hören. Gier zum Beispiel geht im Prinzip zu weit, mit allen ökonomischen Folgen.“

1998 haben Klaus Schönhoven und Hans-Jochen Vogel ein Buch mit dem Titel „Frühe Warnungen vor dem Nationalsozialismus“ herausgegeben.⁸¹ Die Autoren beweisen: Es hat frühe Warnungen gegeben, sie waren hörbar. Aber man wollte sie nicht hören. In seiner Enzyklika „Laudato Si“ beschreibt Papst Franziskus im Jahr 2015 die (gesellschaftlichen) Verhaltensmuster so: „Die Haltungen, welche ... die Lösungswege blockieren, reichen von der Leugnung des Problems bis zur Gleichgültigkeit, zur bequemen Resignation oder zum blinden

⁷⁹ Ausdrücklich gefordert vom Zukunftsrat der Bayerischen Wirtschaft, Zukunft digital – Big Data, Analyse und Handlungsempfehlungen, S. 43 „Gesellschaftliche Debatte führen“ Verband der Bayerischen Wirtschaft, Stand 07/2016.

⁸⁰ Vgl. <http://www.omniphonie.com/bucher/abschied-vom-homo-oeconomicus-warum-wir-eine-neue-okonomische-vernuhnft-brauchen/>, (letzter Zugriff 03/2016).

⁸¹ Klaus Schönhoven / Hans-Jochen Vogel, Frühe Warnungen vor dem Nationalsozialismus – Ein historisches Lesebuch, 1998.

Vertrauen auf die technischen Lösungen.“⁸² In dem uns interessierenden Bereich wird darüber hinaus sogar das eigene Wohl mit Konformität und aktivem Mittun verknüpft. Beispielhaft die gesellschaftliche Reaktion auf die Klimaerwärmung: Es ist bekannt, dass das Fahren von SUVs⁸³ Gift für die Umwelt ist. Audi produzierte von November 1999 bis Juli 2005 in Neckarsulm den Audi A 2, der sich durch einen extrem niedrigen Kraftstoffverbrauch und demgemäß niedrigen Schadstoffausstoß auszeichnete. Ab 2005 stellte Audi die Produktion des A 2 ein und brachte den Audi Q 7 auf den Markt, gefolgt vom Audi Q 5 im Herbst 2008 und dem Q 3 2011. Autos mit einem vergleichsweise hohen Kraftstoffverbrauch. Die Modelle verkaufen sich blendend.

Nicht nur die Folgen ökologischen Fehlverhaltens sind bekannt – auch die Gefahr des Totalitarismus ist es. Fachkundige Autoren gerade aus nichtjuristischen Fachrichtungen⁸⁴ weisen darauf hin, dass Totalitarismus kein staatliches Privileg ist. Die unmittelbare Antwort der Rechtswissenschaft gibt stellvertretend *Jens Kersten*: „Diese pessimistische Diagnose und Therapie der Instrumentalisierung von Menschen durch Maschinen unterschätzt und überschätzt zugleich die Selbstbestimmung des Individuums: Es unterschätzt die menschliche Fähigkeit zur freien Selbstbestimmung. ... Auch im engsten Verhältnis zu Maschinen treffen Menschen nach wie vor selbstbestimmte Entscheidungen, die durch den Würdeanspruch ... und das Persönlichkeitsrecht ... normativ abgesichert sind. Zugleich überschätzt die kulturpessimistische Maschinen- und Netzkritik, aber auch die individuelle Selbstbestimmung, da sie letztlich auf eine Souveränität des einzelnen zielt, die sich jedenfalls in einer modernen Welt nicht realisieren und deshalb

⁸² Papst Franziskus, Enzyklika *Laudato Si*, Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls, Nr. 202, 24.05.2015.

⁸³ Sport Utility Vehicle (dt. etwa Sport- und Nutzfahrzeug).

⁸⁴ Zygmunt Bauman/David Lyon, *Daten Drohnen Disziplin*, 2013; Byung-Chul Han, *Psychopolitik*, 2014; Yvonne Hofstetter, *Sie wissen alles*, 2014.

auch allein in romantischen Visionen (wieder) finden lässt.“⁸⁵ So gesehen waren die demokratisch gesinnten Politiker der Weimarer Zeit, die *Hans-Jochen Vogel* beschreibt, wirklich *nur* Pessimisten. Dürfte man einen so scharfen Analytiker der Rechtsverhältnisse im Dritten Reich wie Fritz von Hippel wirklich als Pessimisten bezeichnen?⁸⁶

b) Geschwindigkeiten

Wie unterschiedlich Reaktionszeiten in Gesellschaft und Rechtsprechung ausfallen können, zeigen ein paar Beispiele:

(1) Die erste Welle der Frauenrechtsbewegung entstand während der Französischen Revolution. Sie forderte die politische und gesellschaftliche Gleichberechtigung von Frauen und Männern (etwa das Recht für Frauen auf politische Mitbestimmung, Recht auf Bildung, Recht auf Arbeit, Recht auf eigenen Besitz etc.). 1793 wurden jedoch die politischen Frauenvereine in Frankreich verboten und Olympe de Gouges, eine der führenden Vorkämpferinnen der Bewegung, noch im selben Jahr enthauptet.⁸⁷

Die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 bestimmte in Art. 109: Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich. Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten. Bedeutsam sind die beiden Einschränkungen – „grundsätzlich“ und „staatsbürgerlich“. Auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse wollte die Verfassung gerade keinen Einfluss nehmen.⁸⁸ In der Bun-

⁸⁵ Jens Kersten, *Menschen und Maschinen*, JZ 2015, 1–8, 3.

⁸⁶ Das Gegenteil beweist Thilo Ramm, *Fritz Hippel als Rechtstheoretiker und Rechtsphilosoph*, JZ 1992, 1141 (1148).

⁸⁷ Vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Frauenbewegung>, (letzter Zugriff 06.09.2016).

⁸⁸ Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 1921, zu Art. 109 Abs. 2 WRV, S. 189.

desrepublik Deutschland trat 24. Mai 1949 das Grundgesetz und damit Art. 3 Abs. 2 GG in Kraft – und zwar ohne die genannten Einschränkungen. Aber erst mit dem Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau, das am 3. Mai 1957 verabschiedet wurde und am 1. Juli 1958 in Kraft trat, hatte der Mann nicht mehr das Letztentscheidungsrecht in allen Eheangelegenheiten und die Zugewinnngemeinschaft wurde zum gesetzlichen Güterstand. Bis dahin verwaltete der Mann das von seiner Frau in die Ehe eingebrachte Vermögen und verfügte allein über die daraus erwachsenen Zinsen und auch über das Geld aus einer Erwerbstätigkeit der Ehefrau. Das Gesetz von 1957/58 schränkte auch zum ersten Mal die väterlichen Vorrechte bei der Kindererziehung ein – bevor sie 1979 vollständig beseitigt wurden. Ebenfalls bis 1958 konnte ein Ehemann das Dienstverhältnis seiner Frau fristlos kündigen. In Bayern mussten Lehrerinnen noch in den 1950er Jahren im Sinne des Lehrerinnenzölibats ihren Beruf aufgeben, wenn sie heirateten. Erst ab 1977 mussten Frauen ihre Ehemänner nicht mehr um Erlaubnis fragen, wenn sie einer beruflichen Tätigkeit nachgehen wollten. Zum gleichen Zeitpunkt entfiel die gesetzlich vorgeschriebene Aufgabenteilung in der Ehe.⁸⁹ Im ersten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts gibt es in Deutschland eine intensive Kontroverse zur Frauenquote und zum Thema „Equal Pay“.⁹⁰ Geradezu bizarr mutet eine der Hauptbegründungen der schlechteren Bezahlung von Frauen an: Sie hätten durch eine Babypause weniger Berufserfahrung und seien deshalb mit gleichaltrigen männlichen Kollegen nicht vergleichbar. Zweihundert Jahre waren also nicht ausreichend, um eine politische und faktische Gleichberechtigung der Geschlechter herzustellen.

⁸⁹ Vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Frauenrechte>, (letzter Zugriff 03/2016).

⁹⁰ Hier insbesondere zum sog. gender pay gap und seiner Begründung – vgl. die Tagung des Verbands der Bayerischen Wirtschaft (vbw) am 15.06.2016.

Von einer Gerechtigkeit und Gleichbehandlung, wie Hans Fehr sie sich wohl 1927 erhoffte, sind wir noch weit entfernt.⁹¹

(2) *Ludwig Raiser* hat in seiner bekannten Monografie zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁹² dargestellt, wie Ende des 18. und dann im 19. Jahrhundert ein wirtschaftlicher Aufschwung einsetzte, der zu einem Bedürfnis nach festgesetzten Usancen oder Geschäftsbedingungen aufkommen ließ. So wurden bereits seit 1825 allgemeine Bestimmungen im Verkehr zwischen Verlegern, Sortimentern und Buchhändlern vereinbart. Es folgten schnell Versicherungsgesellschaften und Banken. Schon nach wenigen Jahrzehnten hatten sich Allgemeine Geschäftsbedingungen durchgesetzt. Als Raiser sein Werk 1935 abschloss, konnte er deren Verwendung in den meisten Wirtschaftszweigen nachweisen.⁹³ 150 Jahre nach dem ersten Auftreten und mehr als 40 Jahre nach der Monografie von Raiser wurde 1977 das AGBG erlassen.⁹⁴ In der Zwischenzeit musste die Rechtsprechung die auftretenden Probleme lösen, wobei sie mit den Jahren immer mehr Mut bewies.⁹⁵

(3) Dass es auch anders geht, zeigt folgendes Beispiel: Kaum war das BGB 1900 in Kraft getreten, stellte man fest, dass der Schutz der

⁹¹ Hans Fehr, *Recht und Wirklichkeit*, S. 149 f. Mit den geforderten rechtlichen Veränderungen zugunsten der Frau „renne das Weib in eine weibliche Tragik hinein.“ Denn formale Gleichheit schafft noch keine materiale.

⁹² Ludwig Raiser, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935, S. 26.

⁹³ Ludwig Raiser, a.a.O., S. 29 ff.

⁹⁴ Zur spannenden Entstehungsgeschichte s. Schlosser / Coester-Waltjen / Graba, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1977, Vorbemerkung, S. 17 ff.; Löwe / von Westphalen / Trinkner, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1977, Einl. Rn 1–3 und S. 25.

⁹⁵ Überblick bei Ulmer/Brander/Habersack, *AGB Recht*, 11. Aufl. 2011, Einl. Rn 11.

Rechtsgüter in § 823 Abs. 1 BGB möglicherweise Lücken beim umfassenden Schutz eines Gewerbebetriebs enthalte. Das Reichsgericht füllte diese Lücke bereits mit Urteil vom 27.02.1904, das als die Geburtsstunde der Rechtsprechung vom eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb galt.⁹⁶ Interessant ist, dass die Literatur dem Reichsgericht nur sehr zögerlich folgte.⁹⁷

(4) Noch schneller ging es bei der strafrechtlichen Sanktionierung beim Eingriff in Vermögenswerte. 1882 wurde erstmals eine elektrische Energieversorgung über eine große Entfernung installiert, mit der 57 km langen Gleichstromleitung Miesbach-München. Am 15.01.1895 urteilte das OLG München,⁹⁸ dass Strom tauglicher Gegenstand eines Diebstahls sein könne. Dieser Ansicht folgte das Reichsgericht im Urteil vom 20.10.1896 unter Hinweis auf das Analogieverbot nicht.⁹⁹ Das Reichsgericht musste seine Auffassung im Urteil vom 01.05.1899 wiederholen.¹⁰⁰ Bereits am 09.04.1900 wurde die Entziehung elektrischer Energie, umgangssprachlich Stromdiebstahl, durch das Gesetz, betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit als gesetzgeberische Reaktion auf die Entscheidung des Reichsgerichts unter Strafe gestellt. Nicht einmal ein Jahr Reaktionszeit bis zum Inkrafttreten eines Gesetzes.

Es fällt dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung offensichtlich leichter, Rechtspositionen zu schützen und zu erweitern als solche gegen vermutete oder bestehende zu schaffen oder zu gestalten.¹⁰¹

⁹⁶ RGZ 58, 24 (28 f.) (zurückgehend auf RGZ 22, 93 ff.) vom 27.02.1904; seitdem herrschende Meinung.

⁹⁷ Überblick bei Ernst Wolf, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, in FS Fritz von Hippel, 1967, S. 665.

⁹⁸ Archiv für Strafrecht, Bd. 43, 58.

⁹⁹ RGSt 29, 111 (115 f.).

¹⁰⁰ RGSt 32, 165 (185 ff.).

¹⁰¹ Solidarität, Sozialstaatlichkeit oder Sozialpflichtigkeit besitzen begrifflich längst nicht die Strahlkraft wie etwa Individualität oder Freiheit.

c) Begriffliche Bremsen – Sand im Getriebe – Sand in den Augen der Entscheidungsträger

(1) Unmittelbar nach dem Krieg und noch längere Zeit danach galt in Deutschland folgende negativ besetzte Begriffsverknüpfung: „Russland – Stalin – Stalinismus – Kommunismus – Marxismus – Sozialismus“, die sich dann erstreckte auf „Sozialdemokratie – Sozialpflichtigkeit – Sozialstaatlichkeit – Solidarität – Gemeinwohl – Gemeinwohl – Gutmensch“. ¹⁰² Einen Bezug auf den Sozialismus wagt inzwischen keiner mehr. ¹⁰³ Der immer stärker werdenden Kritik am Neoliberalismus fehlt ein ideologischer Bezugspunkt mit klaren Begrifflichkeiten, wenn man einmal von der christlichen Soziallehre und der jüngst stark beachteten Enzyklika *Laudato Si* von Papst Franziskus absieht. ¹⁰⁴ Dabei lehrt die Erfahrung, dass es von unsolidarisch zu unmenschlich nur ein kleiner Schritt ist – und zuweilen nicht einmal der. Eine Entwicklung des Begriffes „Sozialstaat“ aus der Verfassung heraus ist in Gesellschaft und Recht nicht wesentlich über „Sozialleistungen“ und „Verbraucherschutz“ hinausgekommen.

(2) Stattdessen werden Begriffe wie „Liberalität – Freiheit – Individualität – Selbstverwirklichung – Konsum – Luxus“ bis hin zum „(geilen) Geiz“ positiv wahrgenommen. Wer früher sozialdemokratisch dachte, ordnet sich heute eher als liberal ein. Man glaubt an die „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“, die „Selbstregulierung des

¹⁰² Was damit gemeint ist, kann man Geburtsjahrgängen nach 1965 nur schwer erklären, das damit verbundene Grundgefühl wurde aber in Zeiten des Neoliberalismus geschickt aufgefangen.

¹⁰³ Auch bei der SPD schleicht der Begriff „Sozialismus“ / „sozialistisch“ in den Grundsatzprogrammen langsam aus: Das Godesberger Programm (1959–1989) 20 mal auf 20 Seiten, Berliner Programm (1989–2007) 14 mal auf 53 Seiten, Hamburger Programm (ab 2007) 8 mal auf 68 Seiten; bei „Die Linke“ sogar nur 6 mal auf 86 Seiten.

¹⁰⁴ Papst Franziskus, Enzyklika *Laudato Si*, Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls, Nr. 202, 24.05.2015.

Marktes“ und „Wachstum“. ¹⁰⁵ Es wird die größtmögliche Freiheit für jeden angestrebt. Das Verhältnis von Macht und Freiheit wird nicht reflektiert. Dabei hat sich Liberalismus zu *Neoliberalismus* gewandelt. Darin liegt ein substantieller Unterschied – und ein Problem.

(3) In diesem (neoliberalen) System wird nicht mehr nur das Eigentum garantiert, sondern auch ein umfassender Investitionsschutz angestrebt. Während die Eigentumsgarantie, Art. 14 GG, nur Rechtspositionen gewährleistet, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, werden in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten oder bloße Erwartungen nicht geschützt. ¹⁰⁶ Ausdrücklich nicht geschützt ist eine rechtlich nicht gesicherte Erwartung auf dem Fortbestand eines Vertragsverhältnisses oder anderer äußerer Umstände, insbesondere einer günstigen Gesetzeslage. ¹⁰⁷ Demgegenüber wird durch Investitionsschutz gerade eine Rechtsposition abgesichert und damit verfassungsrechtlich wirksam, die einem Unternehmer bei Berufung auf das Verfassungsrecht und die einschlägigen Grundrechte gerade nicht zugestanden wurde. ¹⁰⁸ Investitionsschutz beschneidet damit einen verfassungsrechtlich möglichen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Das ist gerade im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 2 GG statuierte Sozialpflichtigkeit des Eigentums mehr als bedenklich. Indes: Auf der Homepage des SPD-geführten Bundeswirtschaftsministeriums findet

¹⁰⁵ Das wird inzwischen schon in der Ausbildungsliteratur hinterfragt, vgl. Klaus Tonner, *Schuldrecht*, 3. Aufl. 2013, S. 28 f.

¹⁰⁶ Jarass/Pieroth, *GG*, 14. Aufl. 2016, Art. 14 Rn 19 m.w.N aus der BVerfG Rechtsprechung.

¹⁰⁷ Jaras /Pieroth, a.a.O. Sofern eine Erwartung dagegen rechtlich abgesichert ist, wird sie auch durch Art. 14 GG geschützt. Im Übrigen wäre Art. 12 GG einschlägig, der aber auch einem Gesetzesvorbehalt und der Abwägung unterliegt, also keinen unbedingten Investitionsschutz gewährt. Darüber hinaus gewähren beide Art. ausländischen Kapitalgesellschaften keinen Schutz, Art. 19 Abs. 3 GG.

¹⁰⁸ Von Münch/Kunig, *Grundgesetz-Kommentar*, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rn 20 m.w.N.

sich unter dem Schlagwort Investitionsschutz zu diesem Aspekt nicht einmal eine Andeutung.¹⁰⁹

5. Therapiekonzepte der Rechtswissenschaft

Soweit ersichtlich hat sich die Rechtswissenschaft mit dem Zusammenspiel von Macht, Medium und Manipulation noch nicht befasst. Das mag auch daran liegen, dass bisher nur wenige einschlägige Fälle vor Gericht getragen wurden, und diese dann ohne Blick auf die Zusammenhänge gelöst wurden. Die Entscheidungen wären womöglich anders ausgefallen, wenn eine breitere wissenschaftliche Aufarbeitung des Themas schon vorgelegen hätte. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die theoretische Ausgangslage und eine Bewertung versucht werden. Welche Erträge können wir aus der bisher geführten Diskussion für den Umgang mit Macht und Manipulation gewinnen?

a) Zuteilungswirtschaft oder Freiheit?

Ausgangspunkt ist eine Überlegung von *Dieter Medicus*.¹¹⁰ Die Ausübung der Handlungsfreiheit bewege sich zwischen zwei denkbaren Extrempositionen. Der einer totalen staatlichen Zuteilungswirtschaft, in der ein Mensch nur Empfänger staatlicher Zuteilungen auf Grund von Verwaltungsakten sei. Beim Tod des Empfängers fielen nicht verbrauchte Zuteilungsobjekte wieder an den Staat zurück. Dem gegenüber stünde die totale Handlungsfreiheit – die absolute Selbstbestimmung des Einzelnen. Die herrschende Rechtsordnung bemühe sich

¹⁰⁹ Vgl. <http://bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/investitionsschutz.html>, (letzter Zugriff 03/2016); im Übrigen ist der Ausgleich von Gewinnerwartungen bei einer ausgleichspflichtigen Maßnahme des Gesetzgebers nicht vorgesehen.

¹¹⁰ Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 1997, Rn 172 ff.

um den Ausgleich der beiden Modelle.¹¹¹ Die Suche nach dem rechten Ausgleich sei ausdrücklich Aufgabe der Juristen.

Die Privatautonomie als Teil der Handlungsfreiheit bezeichnet das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen.¹¹² Begründet werden deren Grenzen, also des Dispositionsspielraumes des Einzelnen, im Wesentlichen mit drei Aspekten:¹¹³ Drittschutz, Beteiligenschutz und Funktionsschutz. Diese Schutzzwecke stehen heute im Wesentlichen außer Frage. So zweifelt beispielsweise niemand die Sinnhaftigkeit der Strafbarkeit des Betrugs zum Schutz der Beteiligten aber auch der Vertragsfreiheit als Institut an.

Das Ringen um den „rechten Ausgleich“ – also das rechte Maß und die richtigen Mittel – beschäftigte die Juristen schon lange vor Einführung des BGB. Bereits 1889 warnte Otto von Gierke davor, dass „schränkenlose Vertragsfreiheit zur „furchtbaren Waffe in der Hand des Starken, ... zur schonungslosen Ausbeutung der geistigen und wirtschaftlichen Übermacht“ werde.¹¹⁴ Erforderlich sei „ein Tropfen sozialistischen Öls“¹¹⁵ im neuen Gesetzbuch. Seitdem sind über hundert Jahre vergangen und die Diskussion um Vertragsgerechtigkeit hat nichts an Schärfe verloren.

¹¹¹ Dieter Medicus, a.a.O., Rn 178 ff.; sinnbildlich für seine Überlegungen Waage oder Pendel.

¹¹² Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 1, 1.

¹¹³ Ausführlich dazu Florian Möslein, Dispositives Recht, 2011, § 5 I 2.

¹¹⁴ Otto von Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, zitiert nach Uwe Wesel, Fast alles was Recht ist, 1992, S. 124.

¹¹⁵ Zitiert nach Joachim Rückert, Abschiede vom Unrecht: Zur Rechtsgeschichte nach 1945, 2015, S. 449 und S. 454; zur Kritik hieran Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), S. 292 m.w.N.

b) Prozedurale oder materiale Vertragsgerechtigkeit?

Claus-Wilhelm Canaris will hundert Jahre nach Inkrafttreten des BGB starke Wandlungen im Schuldvertragsrecht hin zu einer Materialisierung erkennen. Dem liegt die Unterscheidung zwischen prozeduralen und inhaltlichen, also materialen, Gerechtigkeitskriterien zugrunde. Dabei habe „die Vertragsgerechtigkeit, zu deren Fundamenten die Vertragsfreiheit gehöre, grundsätzlich primär prozeduralen Charakter“. ¹¹⁶ Denn die Vertragsgerechtigkeit basiere primär auf dem Element der Freiwilligkeit und nicht auf irgendeiner Art von inhaltlicher Angemessenheit und Richtigkeit. ¹¹⁷ So ordnet *Canaris* weltanschaulich prozedurale Gerechtigkeitskriterien einer liberalen und materiale eher einer sozialen Grundhaltung zu. ¹¹⁸ Das effizienteste Mittel zur Gewährleistung materialer Vertragsfreiheit stelle der Wettbewerb dar, der aber ebenso ein Verfahren zur Verfügung stelle, das seine „Richtigkeitsgewähr“ nicht in seinen Ergebnissen, sondern – wenn überhaupt – in den Voraussetzungen und Rahmenbedingungen seiner Durchführung fände. ¹¹⁹ Das setzt allerdings einen funktionsfähigen Wettbewerb ¹²⁰ und eine tatsächlich „freie Entscheidungsfreiheit“ der Marktteilnehmer, ¹²¹ „starke Individuen“ oder „mündige Bürger“ mit „Selbstverantwortung“ ¹²² voraus. *Canaris* ist bewusst, dass diese Voraussetzungen nicht (immer und jederzeit) vorliegen. Im technischen Totalitarismus liegen sie durchgängig *nicht* vor.

¹¹⁶ Claus-Wilhelm Canaris, a.a.O., S. 273 ff.

¹¹⁷ Claus-Wilhelm Canaris, a.a.O., S. 283 f.

¹¹⁸ Claus-Wilhelm Canaris, a.a.O., S. 289 ff.; als Illustration für die prozedural – liberale Auffassung die Ausführungen von Edmüller in diesem Band.

¹¹⁹ Claus-Wilhelm Canaris, a.a.O., S. 293 f.

¹²⁰ Claus-Wilhelm Canaris, a.a.O., S. 323.

¹²¹ Claus-Wilhelm Canaris, a.a.O., S. 286.

¹²² Claus-Wilhelm Canaris, a.a.O., S. 290 f.

Auch *Michael Martinek* wendet sich gegen eine „Entprivatisierung des Privatrechts“.¹²³ So habe auch ein besonderer Verbraucherschutz keine Berechtigung: „Ging das BGB formal von einer Freiheit und Gleichheit aller Bürger aus, betont nun der Verbraucherschutz die besondere Schutzbedürftigkeit einer sozialen Gruppe (Verbraucher) und manövriert sich damit in freiheitsberaubende Gleichmacherei.“ Letztlich liegt in diesem Satz aber die Begründung des Verbraucherschutzes, die Beschränkung der Vertragsfreiheit des Vertragsmächtigeren.

c) Reale Rechtslehre

Auch *Ernst Wolf* hat sich mit Macht und Manipulation auseinandergesetzt: „Das Machtverhältnis ist ein einseitig personhaftes Verhältnis zwischen einer Person und einem Gegenstand, das für die Person die Möglichkeit zum Inhalt hat, in dem Gegenstand durch Handeln einen Erfolg zu bewirken oder herbeizuführen, ... Daß die Macht wirklich ausgeübt wird, ist nicht erforderlich. Es genügt, daß eine bedingte oder künftige Möglichkeit der Ausübung besteht. ... Ein Mensch, der sich frei entschließen kann, ist insoweit nicht Gegenstand kausaler Einwirkung und damit nicht Gegenstand der Macht eines anderen.“¹²⁴

„Ein Herrschaftsverhältnis unterscheidet sich von einem rechtlichen Verhältnis dadurch, daß es kein Verhältnis zwischen Personen, sondern ein einseitiges Verhältnis zwischen einer Person und einem Gegenstand ist. Der beherrschte Gegenstand kann zwar ein Mensch sein. Er ist dann aber dem Herrschaftsverhältnis nicht als Person, sondern als Gegenstand kausaler Einwirkung beteiligt. ... Ein rechtliches Verhältnis hat keine Herrschaft eines daran Beteiligten über den anderen zum Inhalt. ... Ein rechtliches Verhältnis ist also kein Herrschaftsver-

¹²³ Michael Martinek, Vertragstheorie und Bürgerliches Gesetzbuch, Vortrag anlässlich der Saartage 2005 an der Keio-Universität Tokyo.

¹²⁴ Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1982, S. 51 f.

hältnis. ... Nach dem Inhalt eines rechtlichen Verhältnisses kann ein Mensch in einem anderen oder in den äußeren Bedingungen seines Existierens nur solche Erfolge bewirken oder herbeiführen, die dessen Entschlüssen entsprechen. Ein Herrschaftsverhältnis eines Menschen über einen anderen entspricht diesem Inhalt nicht und ist somit notwendig unrechtmäßig.“¹²⁵

Die *Reale Rechtslehre* von *Ernst Wolf* wurde nur gelegentlich zitiert und höchst selten diskutiert. Eine Auseinandersetzung findet sich in praktisch keinem der aktuellen Lehrbücher zur Rechtstheorie.¹²⁶ Der Maßstab, den *Wolf* anlegt, könnte aus der Auseinandersetzung mit Nationalsozialismus und Kommunismus hervorgegangen sein. Das hat *Ernst Wolf* zwar verneint, seine Rechtstheorie ist aber sehr wohl geeignet, (argumentative) Schwächen totalitären Verständnisses von Recht aufzudecken. Das macht die Auseinandersetzung mit *Ernst Wolf* gerade heute reizvoll. Wo bleibt das Menschenbild des Internetzeitalters hinter den Ansprüchen der Realen Rechtslehre zurück?

d) Der Einfluss von Wirtschaftsmacht auf die Vertragsfreiheit

Ludwig Raiser zweifelte bereits 1958 daran, dass im gesellschaftlichen Wandel hin zur „industriellen Massengesellschaft“ die Subjekte politischen und wirtschaftlichen Handelns aus einem liberalen Verständnis heraus noch angemessen beschrieben werden. „Das Leitbild der freien und selbstverantwortlichen Persönlichkeit, das die Philosophie des 19. Jahrhunderts geprägt hatte, kann von uns nicht unverändert übernommen und verwirklicht werden. Denn die Aufgabe, sich als Person zu behaupten, die Konsequenzen des eignen Handelns zu übersehen und dafür einzustehen, ist ungleich schwieriger geworden. Der von ano-

¹²⁵ Ernst Wolf, a.a.O., S. 53 f.; vgl. zur Vertragsfreiheit S. 372.

¹²⁶ Zu den möglichen Gründen hierfür: Bettina Wendtland, Ernst Wolf und die Reale Rechtslehre, in Thomas Hoeren, Zivilrechtliche Entdecker, 2001, S. 275–316.

nymen Mächten abhängig gewordene Bürger wendet sich nicht mehr gegen den Staat, sondern ruft ihn zu Hilfe.“¹²⁷ In diesem Sinne müsse der Missbrauch der Freiheit durch private Wirtschaftsmacht eingedämmt werden.¹²⁸ So sei der Gesetzgeber dem notorischen Ungleichgewicht der Kräfte in besonders gefährdeten Vertragstypen¹²⁹ durch zwingendes Recht begegnet. Einen „neuen Anlauf zur Bändigung privater Macht“ habe der Gesetzgeber 1957 durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unternommen, das auch konkrete Auswirkungen auf die Vertragsfreiheit habe.¹³⁰ In diesem Zusammenhang gewannen AGB eine bedeutsame Rolle: „Massenvertrag, Rationalisierung, Machtverstärkung.“¹³¹ *Ludwig Raiser* war wohl der Erste, der die Zusammenhänge so deutlich erkannte. Die Mehrheit der stumm akzeptierenden Click-Gesellschaft mag sich zwar im besten Fall ihren Teil denken – falls sie überhaupt reflektiert, worin der Unterschied eines Hotel-Link-Likes und eines online-Vertragsabschlusses liegt, hat aber keine Alternative. Aber der Gesetzgeber?

e) Ökonomisierung der Sichtweise

Diese Diskussion kam – auch infolge der wirtschaftlichen Schwankungen in den 1970er Jahren, insbesondere der sogenannten Ölkrisen der Jahre 1973 und 1979/80 – zum Erliegen. Das gleiche Schicksal erlitten Überlegungen zur Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips – gerade im Bereich der Vertragsautonomie. Die diesbezüglichen Ansätze von Raiser oder weitergehender von *Eike Schmidt*¹³² fanden in der

¹²⁷ Ludwig Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1–8, 3.

¹²⁸ Ludwig Raiser, a.a.O., S. 6.

¹²⁹ Z.B. durch das VVG, Regelungen im Miet- und Arbeitsrecht, ein neues Handelsvertreterrecht.

¹³⁰ Ludwig Raiser, a.a.O., S. 6 f.

¹³¹ Ludwig Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935 / 1961, S. 23.

¹³² Eike Schmidt in Esser-Schmidt, Schuldrecht, Bd. I.1, 6. Aufl. 1984, § 1 II, 2 II und § 10 II; ders. Von der Privat- zur Sozialökonomie, JZ 1980,

wissenschaftlichen Diskussion keine nennenswerte Beachtung mehr. Statt sozialer Gesichtspunkte rückte mehr die Überlegung der „wirtschaftlichen Machbarkeit“ in den Mittelpunkt. Altkanzler Helmut Schmidt wird noch heute mit den Worten zitiert: „Erst müssen wir den Wohlstand erarbeiten, dann können wir ihn verteilen.“¹³³ Vor diesem Hintergrund gewann die Ideologie vom Wirtschaftswachstum zunehmend an Bedeutung. Schließlich war (und ist) die Überlegung eingängig, dass bei gleichbleibenden Anteilen alle mehr von einem größeren Kuchen haben. Diese Ideologie – manche sprechen gar von einer religiösen Dimension¹³⁴ – ist so wirkmächtig, dass sie bis heute fester Bestandteil der herrschenden Wirtschaftsauffassung ist.¹³⁵ Mit der

154 – 160; vgl. auch Peter Derleder, Antizipatorische Elemente der Privatrechtsentwicklung? in Norman Paech/Gerhard Stuby, Wider die „herrschende Meinung“, 1982, S. 215–227 oder Joachim Schmidt-Salzer, Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, NJW 1970, S. 8–15, der die Garantie der Vertragsfreiheit unter dem Vorbehalt der Ausgestaltung durch den Zivilgesetzgeber sieht.

¹³³ Zitiert in einem Interview im Heute Journal vom 11.12.2015, Sendeminute 20:40, Marietta Slomka und Sigmar Gabriel; dahinter versteckt sich der Irrtum, dass Sozialstaatlichkeit zwingend und ausschließlich mit Sozialleistungen verbunden sei; vgl. Peer Steinbrück Bankrott-Erklärung: Steinbrück hält Sozialstaat für nicht zukunftsfähig, Spiegel Online, 06.05.2006, 11:38; ders. Rede des Bundesministers der Finanzen, Peer Steinbrück, beim Neujahrsempfang der Industrie- und Handelskammer Frankfurt am Main am 10. Januar 2006.

¹³⁴ Birger P. Priddat forscht am neuen Schweizer Zentrum für Religion, Wirtschaft und Politik zum Thema Glaube an das Wirtschaftswachstum als neue Religion.

¹³⁵ „Ohne Wachstum keine Investitionen, ohne Wachstum keine Arbeitsplätze, ohne Wachstum keine Gelder für die Bildung, ohne Wachstum keine Hilfe für die Schwachen. Und umgekehrt: Mit Wachstum Investitionen, Arbeitsplätze, Gelder für die Bildung, Hilfe für die Schwachen und – am wichtigsten – Vertrauen bei den Menschen.“ Fast in jeder Regierungserklärung zur wirtschaftlichen Lage wird dies so dargestellt, wie dem obigen Textzitat aus der Regierungserklärung vom 10.11.2009; Sigmar Gabriel, Rede vor dem SPD Parteitag am 11.12.2015 in Berlin:

Bedeutung wuchs zwar auch die Kritik an der Ideologie, ohne sich jedoch bislang durchsetzen zu können.¹³⁶

Ökonomische Rechtstheorien

Ökonomische Theorien mit Auswirkung auf das Recht stellten schon Adam Smith und David Hume im 18. Jahrhundert auf. Im 19. Jahrhundert war es vor allem Karl Marx, der eine Verbindung zwischen Ökonomie und Recht entwickelte. Er ging davon aus, dass einer Änderung des Rechts eine Änderung der ökonomischen und sozialen Verhältnisse folgen würde.

In den 1960er Jahren führte *Ronald Harry Coase*¹³⁷ den Effizienzgedanken in die Diskussion ein. Dabei kritisierte er Effizienzdefizite bei staatlichen Interventionen. Wenn Eigentumsrechte frei transferierbar sowie klar zugeordnet seien und keine Transaktionskosten existierten, so würden unabhängig von der Erstzuordnung der Ressourcen die Marktkräfte eine effiziente Umverteilung bewirken. Dabei griff die Theorie auf das Modell des *homo oeconomicus* zurück. Das Modell beschreibt einen Menschen, der vor der Entscheidung über alle möglichen Alternativen eine klare Präferenzenordnung bilden kann und sich

„...denn wir brauchen höheres Wirtschaftswachstum. ... Denn ich meine: Was passiert denn bei geringerem Wirtschaftswachstum? Die Verteilungskämpfe, die dann losgehen, gehen doch immer zu Lasten der kleinen Leute. Dann geht die alte Leier los: Wie finanzieren wir die Rente? Wie bezahlen wir die Sozialversicherung? Wie ist das mit dem Geld für Bildung? All das, finde ich, müssen wir uns ersparen ...“.

¹³⁶ Vom Club of Rome 1970 über Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1988 – Wachstum als Wunschvorstellung bis zu Papst Franziskus, Enzyklika *Laudato Si*, Rn 106 a.E., Wachstumsideologie als Lüge.

¹³⁷ Ronald Harry Coase, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of law and economics*, Oktober 1960, S. 1–44.

dann für die nach seinen Präferenzen beste Alternative entscheidet.¹³⁸ So wird der Glaube an die Selbstregulierung des Marktes verständlich.

Mit rund 20 Jahren Verzögerung und parallel zur geschilderten gesellschaftlichen Entwicklung nahm die deutsche Rechtswissenschaft Mitte der 1980er diese Gedanken unter dem Begriff der „ökonomischen Analyse des Rechts“¹³⁹ auf, wobei die ersten Versuche mit dem neuen Forschungsgegenstand sehr hölzern anmuteten.¹⁴⁰ Es verwundert nicht, dass das Modell des *homo oeconomicus* inzwischen endgültig überholt ist. Seine theoretischen Annahmen konnten nicht schlüssig auf die rechtliche Praxis übertragen werden.¹⁴¹

Diese Schwächen vermeidet nun¹⁴² die Verhaltensökonomie, die nicht mehr von einem unbegrenzt rationalen Menschenbild ausgeht.¹⁴³ Das

¹³⁸ Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Homo_oeconomicus, (letzter Zugriff 03/2016).

¹³⁹ Kristoffel Grechenig/Martin Gelter, Divergente Evolution des Rechtsdenkens – Von amerikanischer Rechtsökonomie und deutscher Dogmatik, *RabelsZ* Bd. 72 (2008), S. 513–561; dies. Juristischer Diskurs und Rechtsökonomie, *JRP* 15 (2007), S. 30–41; Horst Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 4–9.

¹⁴⁰ Fragestellungen wie etwa zum Nutzen allgemeiner Geschäftsbedingungen oder rechtswidrigen Verhaltens im Vergleich zu rechtmäßigem; Roland Kirstein, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Center of the Study of Law and Economics, Discussion Papers 2003–06.

¹⁴¹ Vgl. Anja Watzenberg, *Der Homo oeconomicus und seine Vorurteile*, 2014, S. 4–11; Gunter Dueck, *Abschied vom Homo oeconomicus*, 3. Aufl. 2010.

¹⁴² Etwa ab dem Jahr 2000.

¹⁴³ Uwe Jean Heuser, *Die Revolution hat begonnen – Auf Wiedersehen, Homo Oeconomicus*, 17.10.2002, *Zeit Online*, http://www.zeit.de/2002/43/Die_Revolution_hat_begonnen, (letzter Zugriff 03/2016); Holger Fleischer, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, *ZGR* 2001, 1–32; ders. Zur Zukunft der gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Forschung, *ZGR* 2007, 500–510; Christoph Engel/Markus Englerth/Jörn Lüdemann/Indra Spieker, *Recht und*

neue Menschenbild bezieht Einschränkungen der Rationalität (Bounded Rationality), insbesondere durch kognitive Verzerrungen, in die Analyse mit ein. Der Kritik an den ökonomischen Theorien wird dadurch aber nicht der Boden entzogen. Dabei geht es im Wesentlichen um methodische Einwände:

(1) Rechtsanwendung bedarf regelmäßig des Rückgriffs auf andere Professionen. In einer Zeit zunehmender Sensibilität für psychologische Fakten (sowohl individuelle wie sozialpsychologische) ist interdisziplinäres Agieren für den Rechtspraktiker unerlässlich.

Allerdings stellt sich die Frage, warum psychologische oder soziologische Erkenntnisse ausgerechnet über wirtschaftswissenschaftliche Modelle und Theorien vermittelt werden müssen,¹⁴⁴ anstatt sie direkt von den genannten Wissenschaften zu beziehen.¹⁴⁵

(2) Mit der Anwendung der ökonomischen Analyse werden Prüfobjekt und Prüfwerkzeug vertauscht. Nicht das Recht muss sich bei der Prüfung an ökonomischen Maßstäben bewähren, sondern wirtschaftliche Sachverhalte müssen einer rechtlichen Prüfung standhalten.¹⁴⁶ Diese

Verhalten, 2007; Holger Fleischer/Daniel Zimmer, Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011; kritisch auch Horst Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, S. 216–224, der aber noch im Wesentlichen am Modell des homo oeconomicus festhält.

¹⁴⁴ Wohl ausreichend für Grundmann/Micklitz/Renner, Privatrechtstheorie, Bd. 1, 2015, S. 10–15.

¹⁴⁵ Niels Petersen, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat, 49 (2010), S. 435–455; in Erwiderung: Ino Augsberg, Von einem neuerdings erhobenen empirischen Ton in der Rechtswissenschaft, Der Staat, 51 (2012), S. 117–125; in Erwiderung Armin Steinbach, Gesetzgebung und Empirie, Der Staat, 54 (2015), S. 267–289.

¹⁴⁶ Dabei wird nicht verkannt, dass eine wirtschaftliche Betrachtung Bestandteil einer rechtlichen sein kann, aber sich nicht auf diese beschränken darf.

ideologisch begünstigte Verkehrung darf aber nicht selbstverständlich werden und die Anwendung des Rechts erschweren.¹⁴⁷

(3) Mit einer methodisch unreflektierten Übernahme ökonomischer Modelle (nicht einmal Befunde!) erweist sich die Rechtswissenschaft als „ideologieanfällig“. Bernd Rüthers hat das Problem 1995 in seinem Buch „Ideologie und Recht im Systemwechsel – Ein Beitrag zur Ideologieanfälligkeit geistiger Berufe“ eingehend beschrieben.¹⁴⁸ Danach können wir nicht hoffen, dass sich die Vertreter der rechtlichen Professionen an die Spitze einer Bewegung zur Rettung von Grundrechtspositionen etc. stellen. Vielmehr versuchen sie, auf der Höhe der Zeit zu bleiben – und vergessen ihre eigentliche Aufgabe: die Bewahrung des Rechts. Damit ist keine fundamental konservative Einstellung gemeint, die sich der Entwicklung der Gesellschaft und der dadurch notwendigen Fortentwicklung des Rechts verschließt. Denn eine zeitgeistig geprägte Einstellung in Anlehnung an gesellschaftliche Trends bietet sichere Gewähr dafür, dass die Anforderungen an das Recht nicht erkannt werden und die rechtlichen Professionen – entgegen ihrer Absicht – den Vorwurf des „Ewig-Gestrig-Seins“ umso mehr bedienen.

(4) Was fehlt, sind also Selbstreflexion, die Ausbildung eines tatsächlich interdisziplinären Verständnisses und eines allgemeinen, aber auch fachspezifischen, historischen Bewusstseins bei den Juristen. Ein historischer Rückblick reicht meist nur von der herrschenden Meinung

¹⁴⁷ Vgl. auch Reinhard Kohl, Über die Rechtsanwendung im Sinne der ökonomischen Analyse des Rechts im Verhältnis zu den hergebrachten Kanones der Gesetzesauslegung, in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1992, S. 29–46; kritisch auch Fritz Rittner, Das Modell des homo oeconomicus und die Jurisprudenz (in Erwiderung auf Eidenmüller), *JZ* 2005, 668–670.

¹⁴⁸ Bernd Rüthers, *Die Wende-Experten – Zur Ideologieanfälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen*, 2. Aufl. 1995, 1. Aufl. 1992 noch unter dem Titel *Ideologie und Recht im Systemwechsel*.

über eine vermittelnde bis zu den (beiden) ursprünglich vertretenen. Davor gibt es in der Regel nichts, was Beachtung verdienen würde. Bezeichnend ist die Verwendung des Wortes „heute“, insbesondere in der Wendung: „wir wissen heute“. Gleiches gilt für die „Erfordernis einer völligen Neubewertung“. Denn impliziert dies nicht, dass die vorangegangene Generation nichts oder nicht viel gewusst haben soll.¹⁴⁹

Vergessen wird nur zu gerne, dass sich der Mensch selbst, im Gegensatz zu begleitenden Moden und zeitgeistigen Strömungen, durch eine geradezu unheimliche Konstanz seiner Bedürfnisse auszeichnet. Er scheint sich über die letzten Jahrtausende, in denen wir das verfolgen konnten, nicht „wesentlich“ verändert zu haben. Es sind lediglich die technischen, gesellschaftlichen etc. Veränderungen, neue politische Ideen, mit denen der Mensch konfrontiert wird und die er für sich passend machen muss – individuell und gesamtgesellschaftlich. Diese Aufgabe stellt sich dem Menschen und damit dem Recht, dass bei diesem Prozess eine ordnende Rolle spielen soll.¹⁵⁰ Die Entwicklung des Rechts korreliert mit der Entwicklung der Gesellschaft – aber sie muss der Gesellschaft auch eigenständige Impulse geben, z.B. aus dem Schatz der Erfahrungen der Mütter und Väter der Verfassung und der Geschichte.¹⁵¹ All dem wird die *strikte* Anwendung der ökonomischen Analyse des Rechts nicht gerecht.¹⁵² Zudem bleiben die Fragen nach

¹⁴⁹ Für die Rechtswissenschaft ist solche Hybris allemal nicht angebracht, zumal noch nicht einmal die Frage nach ihrem Selbstverständnis - echte Wissenschaft oder nicht und wenn ja, welcher Art – schlüssig beantwortet ist, vgl. Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, *Rechtstheorie*, 8. Aufl. 2015, Rn 289 ff.

¹⁵⁰ Bernd Rüthers/Christian Fischer/Axel Birk, *Rechtstheorie*, 8. Aufl. 2015, Rn 72.

¹⁵¹ Aus diesem Verständnis resultiert die Ewigkeitsgarantie des Grundgesetzes, Art. 79 Abs. 3 GG.

¹⁵² Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass die hier interessierende Machtkonzentration und ihre Auswirkungen auf die Vertragsfreiheit regelmäßig nicht unmittelbar, sondern nur über den Rückgriff auf den Markt

den „Grenzen des Wachstums“, den „Grenzen der Selbstregulierungsfähigkeit des Marktes“ und die Bedeutung der „Grenzen der Effizienz“ bislang unbeantwortet.¹⁵³

f) Anwendungsfall Manipulation – Begrenzte Rationalität

Der Begriff der Manipulation taucht in der rechtswissenschaftlichen Literatur zur Privatautonomie ebenso wie dessen Abgrenzung zum Phänomen der „begrenzten Rationalität“ und damit einhergehender Störungen in der Willensbildung praktisch nicht auf. Für die ökonomische Analyse des Rechts lässt sich das aus dem Widerspruch zum Modell des *homo oeconomicus* leicht erklären. In Übereinstimmung mit den Annahmen der Theorie kann Jens Kersten¹⁵⁴ zusammenfassen: „Das Grundgesetz etabliert eine liberale Verfassungsordnung. Es beruht auf der individuellen – wie kollektiven – Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürger.“ Und mit „Selbstbestimmung“ ist die „freie Willensbestimmung“ des Einzelnen gemeint.

Das zu hinterfragen bedeutet nicht, die neurowissenschaftliche Diskussion darüber aufzugreifen, ob der Mensch überhaupt einen freien Willen bilden und wegen dessen Ausübung zur Verantwortung gezo-

oder das Marktverhalten gelöst werden. So setzt auch Canaris für die Gewährleistung der Vertragsfreiheit einen funktionierenden Markt voraus und verlagert das Problem damit nur auf eine andere Ebene. Denn an das Funktionieren eines gänzlich unregulierten Marktes will seit den Wirtschaftskrisen der Jahre 2000, 2007 und 2010 niemand mehr ernsthaft glauben. Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), S. 293.

¹⁵³ In diesem Sinne Gunter Dueck, Schwarm dumm, 2015; ders. Abschied vom Homo Oeconomicus, 3. Aufl. 2010; Horst Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216 (223 f.) möchte das Effizienzkalkül denn auch wieder „rechtsnäher“ machen.

¹⁵⁴ Jens Kersten, Menschen und Maschinen, JZ 2015, 1–8, (4).

gen werden kann.¹⁵⁵ Dies in Frage zu stellen, hieße das gesamte rechtliche System in Frage zu stellen.¹⁵⁶ Es ginge nicht nur um strafrechtliche Kategorien der Verantwortlichkeit, sondern insbesondere um eine Grundannahme des praktizierten Zivilrechts. Hier wird die Möglichkeit zur freien Willensbestimmung, also einer freien Entscheidung, im Grundsatz als Regelfall unterstellt, der dem Gegenbeweis zugänglich ist.¹⁵⁷ Abweichungen hiervon sind nur bei Vorliegen besonderer normierter Fallgruppen, also z.B. für schutzbedürftige Personengruppen,¹⁵⁸ situationsbezogen,¹⁵⁹ bei Vorliegen besonders definierter Willensmängel¹⁶⁰ bei einer rechtlich nicht tolerierten Schieflage des Geschäfts¹⁶¹ oder bei Verstößen gegen ein gesetzliches Verbot möglich.¹⁶²

Endogene / exogene Ursachen gestörter Willensbildung

Herbert Wiedenmann und *Rolf Wank* wollen „darüber hinaus Sachverhalte, die von der ökonomischen und psychologischen Forschung erst ins Bewusstsein gerufen wurden, darauf überprüfen, ob sie den ebenfalls empfindsamer gewordenen Wertmaßstäben unserer Zeit Stand halten.“¹⁶³ Dabei unterscheiden sie Fälle gestörter Willensbildung

¹⁵⁵ Hierzu Thomas Hillenkamp, „Freie Willensbestimmung“ und Gesetz, JZ 2015, 391–401, für die rechtliche Seite, mit umfangreichen Nachweisen zum Stand der Diskussion; erst recht soll hier nicht auf die theologische oder philosophische Dimension der Frage eingegangen werden.

¹⁵⁶ Aktuell Julian Nida-Rümelin, Strafe und Schuld – eine philosophische Perspektive, AnwBl. 2016, S. 548–552.

¹⁵⁷ Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 104, Rn 8 und § 2229, Rn 2 und 11.

¹⁵⁸ Wie z.B. Minderjährige oder Geschäftsunfähige.

¹⁵⁹ Bei der Anwendung von AGB oder in besonderen Anbahnungssituationen wie dem Fernabsatz etc.

¹⁶⁰ Wie z.B. die Anfechtungsrechte.

¹⁶¹ Wie z.B. Disparität oder Wegfall der Geschäftsgrundlage.

¹⁶² Wie z.B. durch § 138 oder § 826 BGB abgesichert.

¹⁶³ Herbert Wiedenmann/Rolf Wank, Begrenzte Rationalität – gestörte Willensbildung im Privatrecht, JZ 2013, 340–345; ähnlich Klaus Ulrich

nach endogenen Ursachen und nach unerlaubtem Fremdeinfluss. Zu den endogenen Ursachen zählen mangelhafte Informationsverarbeitung, mangelhafte Risikoeinschätzung oder mangelnde Einsichtsfähigkeit. Zu den Fällen unerlaubten Fremdeinflusses gehören Drucksituationen, das Ausnutzen einer situativen Überlegenheit oder die „Verführung“ zum Vertragsschluss.

Für die Frage eines etwaigen Selbstschutzes gelte die Grundregel der Eigenverantwortung des Entscheidungsträgers, „jeder sei seines Glückes Schmied.“¹⁶⁴ Für die Willensbildung unter unerlaubtem Fremdeinfluss würden andere Überlegungen gelten, die darauf abzielten, das Selbstbestimmungsrecht des Entscheiders zu erhalten. Dies würde in Extremfällen durch die §§ 123 und 138 BGB und auf der anderen Seite durch die Aufbüdung von Aufklärungs- und Informationspflichten geschehen. Wendet man allein diese Regeln auf Big Data basierte Geschäftsmodelle an, so enthalten sie alle drei Fallgruppen „unerlaubten Fremdeinflusses“:

(1) *Drucksituationen* setzen keine persönliche Auseinandersetzung mit einem personalen Gegenüber voraus. Wie bereits gezeigt,¹⁶⁵ ist bereits jetzt in der Bevölkerung die Erkenntnis zumindest „sachgedanklich mitbewusst“, dass etwa Kaufentscheidungen durch Big Data öffentlich, ja überwacht sind und zu einer Bewertung durch Big Data Anwendungen führen. Das hat Einfluss auf die Entscheidungen in einer konkreten Situation. Es geht darum, sich proaktiv richtig zu verhalten,

Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, insbesondere S. 42 ff. und 266 ff., der ebenso die bislang fehlende Definition unbenannter Willensmängel bzw. „Freiwilligkeitsdefizite“ beklagt, S. 66; fraglich, wie vor diesem Hintergrund eine Bewertung angebotener Lösungen möglich sein soll.

¹⁶⁴ Herbert Wiedenmann/Rolf Wank, a.a.O., S. 344.

¹⁶⁵ S.o. Ziffer 3. c).

um negative Einflüsse auf den eigenen Scorewert von vornherein auszuschließen.

(2) Das *Ausnutzen einer situativen Überlegenheit* wird gerade im Internethandel deutlich. Das hat *Reinhard Singer* in seinem Beitrag in diesem Band unter Hinweis auf die Untersuchungen von Tom Rodden deutlich herausgestellt.¹⁶⁶ Wer nicht „ich akzeptiere“ klickt, beendet damit den Kaufversuch. Mit einem späteren Abweichen vom zustimmenden Verhalten durch einen Widerruf wegen Kaufreue ist im Regelfall ebenfalls nicht zu rechnen. Der Kunde neigt dazu, an seiner Entscheidung festzuhalten; psychologisch geht es um die Konsistenz der eigenen Entscheidung.¹⁶⁷

Big Data oder Sprachsensorik verschaffen deren Nutzern die Möglichkeit, Kunden vorab zu selektieren und entsprechend zu behandeln. Aufgrund der auswertbaren Datenfülle und der bearbeiteten Profile können die Systeme in Bruchteilen einer Sekunde die richtige Ansprache für den Kunden empfehlen – oder ihn ablehnen. Echte Vertragsverhandlungen und das Einbringen des eigenen Willens sind für den Konsumenten nahezu ausgeschlossen.

(3) Eine „*Verführung*“ zum *Vertragsschluss* fällt in der eben beschriebenen situativen Überlegenheit noch leichter. Am stärksten dürfte das von *Wiedenmann* und *Wank* dargestellte Mittel beeinträchtigen, den anderen Teil zur Selbstaufgabe gesicherter Positionen zu drängen und das Ergebnis als freiwillige Vertragsänderung darzustellen.¹⁶⁸ Die

¹⁶⁶ Reinhard Singer, Die Einwilligung im Zivilrecht an konkreten Beispielen, 2 b) cc).

¹⁶⁷ Robert Cialdini, Die Psychologie des Überzeugens, 6. Aufl. 2010, S. 93 ff.; Georg Felser, Werbe- und Konsumentenpsychologie, 3. Aufl. 2007, S. 271 ff.

¹⁶⁸ Herbert Wiedenmann/Rolf Wank, Begrenzte Rationalität – gestörte Willensbildung im Privatrecht, JZ 2013, 340 (344).

Menüführung fast aller Onlineplattformen arbeitet genau mit diesem Instrument. Die Rechtsprechung hat darauf noch keine einheitliche Antwort gefunden und beschränkt sich stattdessen auf eine Missbrauchskontrolle im Einzelfall.¹⁶⁹

Um nochmals auf die Bedeutung des Gegenstands der Untersuchung zu kommen: Das Internet ist zu der Hauptquelle, zum Dreh- und Angelpunkt unseres Informationsmanagements geworden. Mit Milliardenaufwand werden im Internet Methoden gepflegt, die Manipulation und vor allem die Selbstkonditionierung der Nutzer bezwecken. Die Mittel sind so verfeinert, dass auch ein informierter Bürger keine Chance hat, sich deren Einfluss völlig zu entziehen. Die freie Willensbildung eines selbstbestimmten Bürgers ist inzwischen Ausnahme, der Vertragsfreiheit fehlt so die Grundlage.

Das kann aber nicht dazu führen, die Willensfreiheit wegen Big Data gestützter Manipulationen insgesamt in Frage zu stellen oder ein generelles Verbot von Big Data zu fordern. Völlig verfehlt wäre es zudem, an dieser Stelle über das (vermeintliche) Gegensatzpaar Freiheit und Paternalismus¹⁷⁰ zu diskutieren. Es geht nicht darum, den Willen des Bürgers von Seiten des Staates vorwegzunehmen – nein, es geht vielmehr darum, die freie Willensbildung gerade zu ermöglichen. Wer hier von Paternalismus spricht, müsste sich fragen lassen, um wessen Entscheidungs- und Handlungs-Freiheit es gehen und wie freier Wille im manipulierten Umfeld gebildet werden soll. Deshalb geht es auch nicht

¹⁶⁹ Wiedenmann/Wank, a.a.O. m.w.N.

¹⁷⁰ Nach Duden online: „Bestreben [eines Staates], andere [Staaten] zu bevormunden, zu gängeln.“; Zur Begriffsgeschichte Horst Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 359 m.w.N.

um das Recht, „aus Schaden klug zu werden“¹⁷¹ oder die Freiheit, „freiwillig in sein Unglück zu rennen“.¹⁷²

In einer vergleichbaren aber deutlich weniger komplexen Situation hat das AGBG für Rechtssicherheit gesorgt. *Löwe, von Westphalen* und *Trinkner* brachten es 1977 in aller Kürze auf den Punkt: „Durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet das AGBG nicht. Das Grundrecht auf persönliche und wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit der am Wirtschaftsleben beteiligten Personen (Art. 2 Abs. 1 GG), insbesondere der Verwender von AGB, wird nicht verletzt. Vielmehr trägt das AGBG der Tatsache Rechnung, daß dieses Grundrecht, das nach h.M. auch den Grundsatz der Vertragsfreiheit enthält, allen am Wirtschaftsleben Beteiligten zusteht und bei allen Grundrechtsträgern in möglichst weitgehendem Maße zu schützen ist.“¹⁷³

g) Wiederentdeckung der Macht

In der Literatur wurden die Überlegungen von *Ludwig Raiser* zur „Macht“ nicht mehr vertieft.¹⁷⁴ Mit zwei Entscheidungen sorgte das Bundesverfassungsgericht 1990 und 1993 für eine Neubelebung der

¹⁷¹ Horst Eidenmüller, *Liberaler Paternalismus*, JZ 2011, 814 – 821 (815).

¹⁷² Stephan Kirste, *Harter und weicher Rechtspaternalismus*, JZ 2011, 805–814 (806).

¹⁷³ Löwe / von Westphalen/Trinkner, *Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1977, Einl. Rn 14.

¹⁷⁴ Überblick bei Herrmann Reichold, *Von der „Sozialautonomie“ zur Privatautonomie*, in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 1992, S. 63–87; die Dokumentation im *Jahrbuch 2012 zum Thema „Macht im Zivilrecht“* beschäftigt sich nur mit sehr eingegrenzten Fallgestaltungen; Florian Faust, *Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update? Gutachten zum 71. DJT 2016*, streift das Thema nicht einmal.

Diskussion¹⁷⁵ Einschränkungen der Privatautonomie seien unentbehrlich, wenn die freie Selbstbestimmung eines Vertragsteils aufgrund des starken Übergewichts der anderen faktisch nicht mehr gegeben sei. Würde dabei über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt, müssten staatliche Regelungen zur Sicherung des Grundrechtsschutzes und zur Verwirklichung der objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und des Sozialstaatsprinzips ausgleichend eingreifen.¹⁷⁶

Die Kritik wendet sich dabei zumeist grundsätzlich gegen Eingriffe in die Privatautonomie,¹⁷⁷ meist Bezug nehmend auf die von *Walter Schmidt-Rimpler*¹⁷⁸ entwickelte Lehre von der „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“.

¹⁷⁵ BVerfG, Beschluss vom 07.02.1990 – 1 BvR 26/84 (Handelsvertreter); Beschluss vom 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 (Bürgerschaft).

¹⁷⁶ Folgend Jan Busche in MüKo, BGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, vor § 145, Rn 7 m.w.N.

¹⁷⁷ Dieter Medicus, Abschied von der Privatautonomie, FS zum 30jährigen Bestehen der Münchner Juristischen Gesellschaft, 1996, S. 9–25 (A. 23 f.); i.E. auch Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), S. 296 ff., der aber die Notwendigkeit einer materialen Korrektur durch die Gerichte sieht, S. 298 f.;

¹⁷⁸ Walter Schmidt-Rimpler, Grundfragen der Erneuerung des Privatrechts AcP 147 (1941), S. 130–197; (dazu bereits oben Reinhard Singer, Die Einwilligung im Zivilrecht an konkreten Beispielen, Ziffer 2; ders. Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, S. 1133–1141 (1137) mit Hinweis auf die spätere Relativierung durch Schmidt-Rimpler; kritisch auch Jan Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 76–86; auch Christian Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, 190 f.: „Die Richtigkeit des vertraglichen Ausgleichs hängt vielmehr vom Maß der Verwirklichung rechtlich vorgesehener Vertragsfreiheit und Selbstbestimmung, letztlich also von der Beschränkung der Freiheit durch Machtausübung ab.“

Die Praxis zeigt aber, dass es gerade bei massiven Ungleichgewichten der Parteien an dieser Gewähr für die Richtigkeit fehlt.¹⁷⁹ Anders sind auch die Ausgangsfälle der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung nicht zu erklären. Letztlich entscheidet aber die ideologische Disposition des Autors, welcher Ansicht er mehr zuneigt. Die „Ideologie“ des Bundesverfassungsgerichts geht jedenfalls deutlich aus dessen Urteilen hervor. Mit gewisser zeitlicher Distanz hat sich *Jutta Limbach* mit der Rechtsprechung und ihrer Rezeption auseinandergesetzt. Sie weist darauf hin, dass es bei der Rechtsfindung darum gehen muss, „das Spannungsverhältnis zwischen Eigenverantwortung der Bürger und dem Schutz des sozial Schwächeren auszutarieren.“¹⁸⁰ Das gebiete schon die Grundrechtsgebundenheit der öffentlichen Gewalt. Dabei komme es aber auf Entscheidungen im Einzelfall an. Eine allgemeine Formel zur Behandlung der Vertragsdisparität sei noch nicht gefunden. Vielleicht fällt es der Rechtswissenschaft deshalb so schwer, sich von der Lehre der Richtigkeitsgewähr zu verabschieden.

Einen neuen Versuch zur Beschreibung von Macht und deren Wirkungen anknüpfend an die bereits geschilderte Diskussion um die Begrenzung privater, vornehmlich wirtschaftlicher Macht in Recht und Ökonomie unternimmt *Florian Möslein* mit 23 anderen Wissenschaftlern in einem Sammelband zum Thema. Dabei geht es den Autoren nicht nur, aber auch um wirtschaftliche Macht.¹⁸¹ Soweit zu sehen,¹⁸² wurde das Zusammenspiel von unmittelbarer und mittelbarer Anwendung

¹⁷⁹ Ablehnend auch Falk Roscher, Vertragstheorie mit Herrschaftsfunktion, ZRP 1972, S. 111–114, Schmidt-Rimpler leugne Macht und perpetuiere damit Herrschaft.

¹⁸⁰ Jutta Limbach, Die Ausstrahlung des Grundgesetzes auf das Privatrecht, Festvortrag vor der Deutschen Rechtsschule der Universität Warschau, 1999.

¹⁸¹ Florian Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016.

¹⁸² Das Buch erschien unmittelbar vor Abgabe des Manuskriptes und konnte deshalb nicht mehr ausgewertet werden.

von Macht und den damit verbundenen Effekten¹⁸³ nicht eigens untersucht. Erfreulich ist aber, dass das Thema durch die neue Veröffentlichung eine breitere Diskussionsplattform erhalten hat.

h) Anwendungsfall Dateneigentum

Zwanzig Jahre nachdem sich das Internet einen festen Platz in unserem Leben zu erobern begann, versucht sich die Rechtswissenschaft unter anderem der Frage zu nähern, wem eigentlich die Daten gehören, die zu Scorewerten verarbeitet werden. Daten, die erhoben, gespeichert, verkauft, verarbeitet und verknüpft werden. Big Data – Big Business. Das Meinungsspektrum wird zwar nur von wenigen Autoren gebildet, ist inzwischen aber weit gefächert.¹⁸⁴ So geht *Hoeren* davon aus, dass Daten eigentumsfähig seien,¹⁸⁵ deutlich früher sollte an Daten zumindest Eigentum „im übertragenen Sinne“ begründbar sein,¹⁸⁶ nach einem anderen Ansatz sind sie Rechtsfrüchte.¹⁸⁷ Andere Auffassungen basieren zumindest auf der Annahme einer Eigentumsfähigkeit personenbezogener Daten.¹⁸⁸ *Zech* hält die Schaffung eines übertragbaren Ausschließlichkeitsrechts des Datenerzeugers für wünschens-

¹⁸³ Gemeint sind damit Effekte, wie bspw. sozialpsychologisch von *Stroebe* in diesem Band oder soziologisch von *Zygmunt Bauman / David Lyon*, *Daten, Drohnen, Disziplin*, 2013, S. 76 f. aufgezeigt.

¹⁸⁴ In anderen Disziplinen – insbesondere der Kommunikations- und Medienwissenschaft – ist dies anders, wobei auch hier Daten und Netzwerke aus immer mehr transdisziplinären Perspektiven betrachtet werden (s. u.a. Positionspapiere der Arbeitsgemeinschaft „Daten und Netzwerke“ der Deutschen Gesellschaft für Medienwissenschaft, <https://datanetworks.wordpress.com/>).

¹⁸⁵ *Thomas Hoeren*, *Dateneigentum*, *MMR* 2013, 486–491.

¹⁸⁶ *Theodor Lenckner/Wolfgang Winkelbauer*, *CR* 86, 483–488 (485).

¹⁸⁷ *Grosskopf*, *IPRB*, 2011, 259 ff. Nachw. bei *Michael Dorner*, *Big Data und „Dateneigentum“*, *CR* 2014, 617–628.

¹⁸⁸ *Thilo Weichert*, *Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung*, *NJW* 2001, 1463 (1467); ders. *Gehört der private Datenschutz ins BGB?* *ZRP* 2009, 95.

wert.¹⁸⁹ Dorner lehnt dagegen eigentumsrechtliche Schutzrechtsverleihungen ab.¹⁹⁰ Aufgabe des Gesetzgebers sei es, die Datenerhebung weitgehend ungehindert zu ermöglichen und die Kommerzialisierung der gewonnenen Daten und der Verarbeitungsergebnisse sicher zu stellen. Mit einer rechtsökonomischen Begründung versucht er darzulegen, warum der staatliche Schutz personenbezogener Daten auf ein Minimum reduziert werden sollte. Demnach führe die rein staatliche Wahrnehmung des Datenschutzes zu extrem hohen Kosten und schaffe falsche Anreize zur übermäßigen Nutzung personenbezogener Daten durch Unternehmen, weil diese sämtliche Gewinne bei der marktmäßigen Nutzung personenbezogener Daten internalisieren könnten, bei vollständiger Externalisierung der Nachteile. Damit sei eine strukturelle Asymmetrie in der Verhandlungsmacht zwischen Datensubjekten und den mit dem Datenhandel befassten Unternehmen erkennbar, die geradezu zu einem Marktversagen führe. Tragend sei dabei die Erwägung, dass nur wenige Unternehmen den Handel mit personenbezogenen Daten auf dem globalen Markt dominierten, was den effizienten Einsatz vermögenswerter Rechte erschwere.¹⁹¹ *Dorner* fährt fort: „Werden Big Data-Geschäftsmodelle allgemein als gesellschaftlich wünschenswert angesehen, erscheint die Frage unausweichlich, ob und wie das Paradigma des sich dabei auflösenden [erg. datenschutzrechtlichen] Zweckbindungsgrundsatzes etwa durch die Verleihung zusätzlicher zivilrechtlicher Handlungsbefugnisse kompensiert werden kann.“¹⁹² Zusammenfassend stelle sich „die Grundfrage, ob die gegenwärtige Konzeption des deutschen bzw. europäischen Datenschutzrechts ... noch zeitgemäß ist und ob jene um privatrechtlichen Ansätze

¹⁸⁹ Herbert Zech, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“, CR 2015, 137–146.

¹⁹⁰ Michael Dorner, Big Data und „Dateneigentum“, CR 2014, 617–628; ebenso Gerrit Hornung/Thilo Goeble, „Data Ownership“ im vernetzten Automobil, CR 2015, 265–273.

¹⁹¹ Michael Dorner, Big Data und „Dateneigentum“, CR 2014, 617 (626).

¹⁹² Michael Dorner, a.a.O., S. 627.

ergänzt oder gar ersetzt werden sollte, kann daher keinesfalls durch rechtsdogmatische Überlegungen gelöst werden, sondern muss zukünftig verstärkt auf anderen Ebenen – vor allem aus rechtsökonomischer Perspektive – angegangen werden.¹⁹³ Diese Argumentation leidet bereits unter der Annahme, dass der deutsche Datenschutz irgendeinen Einfluss auf den weltweiten Big Data Markt hat, der im Wesentlichen in den USA betrieben wird. Ebenso wenig ist dem Datenschutzsubjekt in der Regel bekannt, dass er Marktteilnehmer ist. Die Datenerhebung für den Big Data Markt erfolgt in der Regel ohne bewusste Beteiligung des Datensubjekts. Und der in den USA weitestgehend fehlende Datenschutz hat eine Konzentration der datensammelnden und datenverarbeitenden Unternehmen nicht verhindert. Das führt dazu, dass selbst eine gesetzlich geschützte Position, wie sie sich aus den §§ 87f bis 87h UrhG ergibt, für die Verlage gegenüber Google nicht mehr kommerzialisierbar ist.¹⁹⁴

Trotz ihrer Schwachstellen liegt *Dorner* mit seiner Auffassung voll im Trend einer Stärkung der Funktion von Daten als Wirtschaftsgut. So hat die Europäische Kommission am 06.05.2015 eine „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa“¹⁹⁵ beschlossen, die Big Data-Geschäftsmodelle noch effizienter machen soll. Angesichts des enormen Wirtschafts- und Wachstumspotentials nehmen Gesichtspunkte des Datenschutzes in den Konzepten eine sehr untergeordnete, fast defensive Rolle ein.

¹⁹³ Michael Dorner, a.a.O., S. 627.

¹⁹⁴ Beispiel bei Gerrit Hornung/Thilo Goeble, „Data Ownership“ im vernetzten Automobil, CR 2015, 265–273 (272).

¹⁹⁵ Europäische Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, Brüssel, den 6.5.2015 – COM(2015) 192 final, Ziff. 4.1 Aufbau der Datenwirtschaft http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_de.pdf, (letzter Zugriff 03/2016).

Die wirtschaftliche Beteiligung derjenigen, deren Daten verwendet werden, könnte das Geschäftsmodell ernsthaft gefährden. Gleichwohl wird diese Beteiligung diskutiert. *Yvonne Hofstetter* formuliert ein „Recht auf eine gerechte Gegenleistung für die Weitergabe persönlicher Daten.“¹⁹⁶ Dabei fordert sie dazu auf, vom „Rohstofflieferanten zum Händler“ persönlicher Daten zu werden. Die weiteren Ausführungen von *Hofstetter* zeigen, dass bei der rechtlichen Bewertung persönlicher Daten Vorfragen jenseits des juristischen Handwerks zu stellen sind: nämlich, wie wir Big Data gesellschaftlich bewerten. Dies ist aber eine Frage der (persönlichen) Ideologie.¹⁹⁷ Offensichtlich ist der „Ökonomismus“ – oder besser „Neoliberalismus“ – inzwischen auch von den Juristen verinnerlicht worden. Eidenmüller hat demzufolge die dazu passende ökonomische Analyse des Rechts als sicherlich weltweit einflussreichste rechtspolitische Strömung der letzten Dekaden bezeichnet.¹⁹⁸ Nach einer Diskussion der Kritik kommt er zu dem Schluss, die „Schwächen seien indes nicht so gravierend, dass man diese als normative rechtspolitische Konzeption grundsätzlich verwerfen müsse.“¹⁹⁹

Abzuwarten bleibt der Einfluss der EU Datenschutz GVO²⁰⁰ auf diese Diskussion. In den Artikeln 4 und 7 ist die Einwilligung im Einzelnen

¹⁹⁶ Yvonne Hofstetter, *Sie wissen alles*, 4. Aufl. 2014, S. 270 und 294 f.

¹⁹⁷ Dazu näher Michael Dudek, *Deutungen der Anwaltschaft*, 2012, S. 12.

¹⁹⁸ Horst Eidenmüller, *Liberaler Paternalismus*, JZ 2011, 814 (820).

¹⁹⁹ Horst Eidenmüller, a.a.O.; eine originelle Theoriekritik findet sich in der Gliederung der Habilitation von Nils Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tübingen 2003, S. XI „I. Das ökonomische Modell ... II. ... und ein Blick auf die Wirklichkeit ...“.

²⁰⁰ Vgl. <https://www.datenschutz-grundverordnung.eu/>; (letzter Zugriff 03/2016) – Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

geregelt (dazu die Erwägungsgründe 32 und 34). Drei Regelungen scheinen bemerkenswert:

- Die Einwilligung kann auch durch Anklicken eines Kästchens auf einer Homepage erfolgen (Artikel 4, Erwägungsgrund 32)
- Sie ist nur mit Wirkung *ex nunc* widerrufbar (Art. 7 Abs. 3)
- Sie bietet keine Rechtsgrundlage im Falle eines erheblichen Ungleichgewichts zulasten der betroffenen Person (Art. 7 Abs. 4, Erwägungsgrund 34).

Singer hat in seinem Beitrag²⁰¹ bereits eindrucksvoll dargestellt, wie viel Zeit ein durchschnittlicher User für das Setzen eines Häkchens und damit für die Erteilung der Einwilligung im Schnitt braucht.

Die Gesellschaft steht über die Nutzung der Daten am Anfang eines Diskurses, der nach dem Willen der Politik eigentlich schon beendet sein sollte, damit Wachstumspotentiale nicht gefährdet werden. So betonte Kanzlerin Merkel bereits 2015 bei ihrer Rede bei einem Treffen des IT-Branchenverbandes Bitcom: „Im Augenblick steht die Frage der Vereinheitlichung der Datenschutzkulturen durch die Datenschutzgrundverordnung im Vordergrund. Hierbei wird es notwendig sein, dass der Kompromiss, der zwischen Kommission und Rat gefunden wurde, im Parlament nicht zu sehr verwässert wird. Wir müssen hohe Datensicherheit haben, aber wenn wir uns das Big Data Management, wenn wir uns die Möglichkeit der Verarbeitung großer Datenmengen durch einen falschen rechtlichen Rahmen zu sehr einengen, dann wird nicht mehr viel Wertschöpfung in Europa stattfinden. Das wäre für uns von großem Nachteil.“²⁰²

²⁰¹ Reinhard Singer, Die Einwilligung im Zivilrecht an konkreten Beispielen, 2 b) cc).

²⁰² Rede von Bundeskanzlerin Angela Merkel beim 9. Nationalen IT-Gipfel am 19.11.2015 in Berlin,

Dennoch nimmt auch das Unbehagen zu. Entgegenstehende Positionen werden nicht erst seit der Google-Entscheidung des EuGH²⁰³ 2014 unter Schlagworten wie „Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private“,²⁰⁴ „Recht auf Vergessenwerden“²⁰⁵ oder „Privatheit“²⁰⁶ diskutiert.

6. Therapiekonzepte in der Praxis

(1) Auf europäischer Ebene versucht der EuGH durch eine Vielzahl von Entscheidungen²⁰⁷ – zuletzt durch die beiden spektakulären „Save Harbor“²⁰⁸ und „Google Spain“²⁰⁹ – der europäischen Grundrechtscharta Geltung zu verschaffen.

<https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Rede/2015/11/2015-11-19-merkel-it-gipfel.html>, (letzter Zugriff 03/2016).

²⁰³ EuGH, Urteil vom 13.05.2014, C-131/12 (Google Spain and Google).

²⁰⁴ Matthias Bäcker, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, Der Staat, (51), 2012, S. 91–116 m.w.N.; Laura Schertel Mendes, Schutz vor Informationsrisiken und Gewährleistung einer gehaltvollen Zustimmung, 2015; Hervais Simo, Big Data: Opportunities and Privacy Challenges, in Philipp Richter, Privatheit, Öffentlichkeit und demokratische Willensbildung in Zeiten von Big Data, 2015.

²⁰⁵ Z.B. Volker Boehme-Neßler, Das Recht auf Vergessenwerden – Ein neues Internet-Grundrecht im Europäischen Recht, NVwZ 2014, 825–830; Norbert Nolte, Das Recht auf Vergessenwerden – mehr als nur ein Hype?, NJW 2014, 2238–2242.

²⁰⁶ Christian Geminn/Alexander Roßnagel, „Privatheit“ und Privatssphäre“ aus der Perspektive des Rechts – ein Überblick, JZ 2015, S. 703–708; Stephanie Schiedermaier, Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht, 2012; Carsten Ochs, Die Kontrolle ist tot – lang lebe die Kontrolle, www.medialekontrolle.de (4.1/2015).

²⁰⁷ Übersicht bei Stephanie Schiedermaier, Suchmaschinenbetreiber in der Pflicht: Das Google-Spain-Urteil des EuGH, JM 2015, 334–338.

²⁰⁸ EuGH, Urteil vom 06.10.2015, C-362/14 (Schrems).

²⁰⁹ EuGH, Urteil vom 13.05.2014, C-131/12 (Google Spain and Google).

(2) Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können für die hier interessierenden Themen zunächst vier Entscheidungen herausgegriffen werden: zum einen die erwähnten beiden zur Disparität²¹⁰ und zum anderen eine zum informationellen Selbstbestimmungsrecht aus dem Jahre 1983²¹¹ und eine zum Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme aus dem Jahre 2008.²¹²

Letzterer begegnet die Literatur noch mit Skepsis. Paul Tiedemann meint in diesem Zusammenhang, ein Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sei aus der Menschenwürde nicht ableitbar.²¹³ Die große Bedeutung, die der Computer für die Lebensführung vieler Bürger habe, generiere kein neues Grundrecht, sondern stelle einen neuen Gesichtspunkt dar, dem bei der Abwägung zwischen Handlungsfreiheit und dem öffentlichen Interesse an der Kenntnis von Festplatteninhalten heute besonderes Gewicht zukäme. Andere sehen dagegen sogar unmittelbar den Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG eröffnet.²¹⁴

(3) Uneinheitlich stellt sich dagegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dar. Zum einen vertrat er bis zum Jahre 1993 eine extrem harte Linie z.B. in Bürgerschaftsangelegenheiten – bis ihn das BVerfG bremste. Zum anderen entwickelte er Grundsätze im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, die später Eingang in das Gesetz fan-

²¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 07.02.90 – 1 BvR 26/84 (Handelsvertreter); Beschluss vom 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 (Bürgerschaft).

²¹¹ BVerfG, Urteil vom 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83 (Informationelles Selbstbestimmungsrecht).

²¹² BVerfG, Urteil vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 (Online Durchsuchung).

²¹³ Paul Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff, 3. Aufl. 2012, S. 622.

²¹⁴ Yvonne Hofstetter, Sie wissen alles, 4. Aufl. 2014, S. 212 und S. 292.

den oder maßregelte den Bundesgesetzgeber mit seiner Rechtsprechung zur InfoVO und Widerrufsrechten bei Immobilienkrediten. Im Folgenden geht es um drei Konstellationen, bei denen die bislang aufgezeigten Zusammenhänge noch nicht ausreichend Eingang gefunden haben:

(a) In der „Inzentiv-Entscheidung“²¹⁵ urteilte der BGH, die durch §§ 127, 129 VVG, § 3 Abs. 3 BRAO gewährleistete freie Anwaltswahl stehe finanziellen Anreizen eines Versicherers in Bezug auf eine Anwaltsempfehlung (hier: Schadenfreiheitssystem mit variabler Selbstbeteiligung) nicht entgegen, wenn die Entscheidung über die Auswahl des Rechtsanwalts beim Versicherungsnehmer liegt und die Grenze unzulässigen psychischen Drucks nicht überschritten wird.²¹⁶

Nach Vorstellung des BGH ist das Vorliegen unzulässigen psychischen Drucks unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände festzustellen. Dabei könne es keinen Unterschied machen, ob man den Verzicht auf eine Höherstufung bei Befolgung der Anwaltsempfehlung begrifflich als Vorteil oder die andernfalls erfolgende Rückstufung als Nachteil betrachtet; von der Vermeidung eines Nachteils könne die gleiche psychische Zwangswirkung wie von einem Vorteil ausgehen. Maßgebend seien insoweit insbesondere folgende vier Kriterien:

1. Die psychische Einflussnahme durch die streitgegenständlichen AVB ist eher gering, wenn sich der gebotene Anreiz nicht auf den aktuellen Rechtsschutzfall finanziell auswirkt. [37]
2. Die psychische Beeinflussung ist umso geringer, je kürzer sich der Verzicht auf den finanziellen Anreiz auswirkt. [38]

²¹⁵ BGH, Urteil vom 04.12.2013 – IV ZR 215/12 (im Folgenden zitiert mit juris Rn.).

²¹⁶ Kritisch hierzu Reinhard Singer, Die Einwilligung im Zivilrecht an konkreten Beispielen, 2. d) cc). Singer geht in diesem Zusammen vor allem der Schutz vor psychischen Druck durch Anreizsysteme im Urteil in der Zusammenschau mit der sonstigen Rechtsprechung nicht weit genug.

3. Der psychische Druck steigt mit der Höhe des finanziellen Anreizes. [39]
4. Gleichzeitig ist jedoch zu beachten, dass auch moderate Beträge im Zusammenspiel mit den anderen oben genannten Faktoren zu einer psychischen Zwangswirkung führen können. [39]

Der letzte Punkt bietet den idealen Ansatzpunkt für eine interessengerechte Lösung. Wenn man bedenkt, dass inzwischen mehr oder weniger alle Anbieter dem werbepsychologischen Ratschlag folgen, mit (vermeintlichen) Preisvorteilen zu arbeiten,²¹⁷ ergibt sich die Gefahrenlage eben nicht nur aus dem einen, streitgegenständlichen Vertragsverhältnis. Vielmehr muss das einzelne Vertragsverhältnis zusammen mit der gesamten Marktsituation gesehen werden. Denn schließlich sind nicht nur Kunden von Elektromärkten „nicht blöd“,²¹⁸ sondern auch solche von Rechtsschutzversicherern – und so weiter. Damit verschiebt sich freilich das Bild. Der Druck durch ein System unterschiedlichster Anreizsysteme hat inzwischen mit Sicherheit das vom BGH befürchtete Maß erreicht und müsste zu den entsprechenden rechtlichen Folgen führen.

(b) Unter diesem Blickwinkel ist auch die Fallgruppe der außerordentlichen Kündigung von Dienstleistungsverträgen mit längerer Bindungsfrist zu sehen,²¹⁹ über die der BGH zu entscheiden hatte. Der BGH urteilte, dass der Kunde, der einen längerfristigen Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung abschließt, grundsätzlich das Risiko trägt, diese aufgrund einer Veränderung seiner persönlichen

²¹⁷ Georg Felser, Werbe- und Konsumentenpsychologie, 3. Aufl. 2007, S. 426 ff.

²¹⁸ „Ich bin doch nicht blöd“ Werbekampagne der Firma Mediamarkt.

²¹⁹ BGH, Urteil vom 11.11.2010 – III ZR 57/10; vgl. auch BGH, Versäumnisurteil vom 08.02.2012 – XII ZR 42/10 zur Laufzeit von Fitness-Studio-Verträgen; neuerdings BGH, Urteil vom 04.05.2016 – XII ZR 62/15.

Verhältnisse nicht mehr nutzen zu können. [Rn 12] Eine relativ lange, an die Grenze des nach § 309 Nr. 9 Buchst. b BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Zulässigen gehende Vertragslaufzeit von zwei Jahren ist die wirtschaftliche „Gegenleistung“ des Kunden für einen niedrigeren monatlichen Grundpreis, insbesondere wenn auch ein Vertragsschluss mit kürzerer Laufzeit oder monatlicher Kündbarkeit zu höheren Kosten möglich gewesen wäre. In einem solchen Falle nähme der Kunde die vergleichsweise lange Vertragslaufzeit um seines pekuniären Vorteils willen in Kauf. [Rn 13] Letztlich stelle der Preisnachlass auch einen erhöhten Anreiz zum Vertragsabschluss dar, der rechtlich zu würdigen ist.

(c) Eine ganz andere Fallgruppe betrifft die letzte Schufa Entscheidung des BGH.²²⁰ Der Betroffene hat zwar Anspruch auf Auskunft, welche personenbezogenen Daten über ihn gespeichert sind (Leitsatz 1). Die sogenannte Scoreformel, also die abstrakte Methode der Scorewertberechnung, ist hingegen nicht mitzuteilen (LS 2). Der BGH begründet das wie folgt:

„Dem Auskunftsanspruch des § 34 Abs. 4 BDSG liegt die gesetzgeberische Intention zugrunde, trotz der Schaffung einer größeren Transparenz bei Scoringverfahren Geschäftsgeheimnisse der Auskunftsteilen, namentlich die sog. Scoreformel, zu schützen. Die Erstellung dieser auch als Scorecard bezeichneten Rechenformel basiert insbesondere auf der Analyse von Datenbeständen durch Ermittlung allgemeiner Korrelationen und Signifikanzen. Die Algorithmen der Scorecard enthalten die relevanten und signifikanten Merkmale aus der Analyse sowie deren Gewichtung und Verhältnis zueinander. Erst in einem nächsten Schritt wird aus dieser Rechenformel mit einer Anzahl von Variablen durch das Einsetzen von personenbezogenen Daten des Betroffenen in die Variablen ein personenbezogener Scorewert errech-

²²⁰ BGH Urteil vom 28.01.2014 – VI ZR 156/13.

net.²²¹ Zu den nach dem gesetzgeberischen Willen als Geschäftsgeheimnis geschützten Inhalten der Scoreformel zählen damit die im ersten Schritt in die Scoreformel eingeflossenen allgemeinen Rechengrößen, wie etwa die herangezogenen statistischen Werte, die Gewichtung einzelner Berechnungselemente bei der Ermittlung des Wahrscheinlichkeitswerts und die Bildung etwaiger Vergleichsgruppen als Grundlage der Scorekarten. Das ist angesichts der aufwändigen Entwicklung des Scores, die spezielles Fachwissen voraussetzt, auch nachvollziehbar und folgerichtig. Zudem hängt von dem jeweiligen Verfahren die Aussagekraft der Prognose und damit die Wettbewerbsfähigkeit sowie der Marktwert des Produkts und der Auskunft selbst ab (Nachw.).“ [Rn 27]

Aus der Begründung wird deutlich, dass die Bewertung unseres – offensichtlich abstrahierten Datenwillings – zu geschäftlichen Zwecken und die dafür erbrachten finanziellen Vorleistungen Vorrang vor dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen hat. Die weitere Begründung verstärkt diesen Eindruck:

„Die Auskunftsverpflichtung soll vielmehr dazu dienen, dass der Betroffene den in die Bewertung eingeflossenen Lebenssachverhalt erkennen und darauf reagieren kann. Hierzu bedarf es keiner Angaben zu Vergleichsgruppen und zur Gewichtung einzelner Elemente (Nachw.). Das gesetzgeberische Ziel eines transparenten Verfahrens wird demgegenüber gerade dadurch erreicht, dass für den Betroffenen ersichtlich ist, welche konkreten Umstände als Berechnungsgrundlage in die Ermittlung des Wahrscheinlichkeitswerts eingeflossen sind. Insoweit kann er nachfolgend seinen Standpunkt geltend machen, diesbezügliche Fehler aufdecken und individuelle Besonderheiten

²²¹ Nachweis bei Lewinski in Wolff/Brink, a.a.O., § 28b BDSG, Rn 25 f.; Beckhusen, Der Datenumgang innerhalb des Kreditinformationssystems der SCHUFA, S. 220 ff.; insbesondere zur Bildung von Vergleichsgruppen Möller/Florax, MMR 2002, 806, 807.

erklären. Durch die vom Gesetz geforderte Einzelfallbezogenheit der Auskunft wird deshalb klargestellt, dass nicht die abstrakten Elemente der Scorecard in ihren Details wie Vergleichsgruppen und Gewichtungen, sondern die personenbezogenen Daten des Betroffenen und der Umstand ihres Einflusses auf das konkrete Berechnungsergebnis zu offenbaren sind. Eine Auskunft über die zugrunde liegende Scoreformel und ihre einzelnen Elemente folgt hieraus nicht. [Rn 29].“

Zwei Absätze weiter heißt es dann: „Richtig ist, dass der Betroffene mangels Mitteilung der Vergleichsgruppen die Zuordnung zu diesen Gruppen nicht überprüfen kann (Nachw.). Diese Einschränkung beruht aber letztlich auf der gesetzgeberischen Intention, einen Ausgleich zwischen Transparenzerfordernissen und dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen herzustellen und deshalb den Betroffenen in erster Linie durch Mitteilung der in die Berechnung eingeflossenen personenbezogenen Daten, nicht aber durch die Offenlegung von Details des Berechnungsverfahrens zu schützen. Für einen darauf gerichteten datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch ist daher kein Raum.“ [Rn 32].

Die im Folgenden vom BGH vorgenommene Differenzierung,²²² ob eine Entscheidung „vollautomatisch“ oder unter Einschaltung eines menschlichen Sachbearbeiters getroffen wird, ist in der (wirtschaftlichen) Praxis nicht relevant. Die Einschaltung eines Scoringverfahrens dient ja gerade dazu, die Verantwortung von einer Person auf ein nicht nachvollziehbares System zu verlagern und den Entscheider von der Verantwortung gerade zu befreien.²²³ Diesen Aspekt übersieht der BGH und die von ihm herangezogene Literatur.

²²² BGH a.a.O. Rn 34.

²²³ Zygmunt Bauman/David Lyon, Daten Drogen, Disziplin, 2013, S. 31 ff.; es gehört zudem zu den Besonderheiten von Big Data, dass die „Drohung mit einem empfindlichen Übel“ entpersonalisiert und auf das System übertragen wurde; ders. a.a.O. S. 109 ff.

Dass sich der sechste Senat des BGH zudem auf eine vorangegangene Entscheidung²²⁴ aus dem Jahre 2011 beruft, nach der der Betroffene keinen Anspruch auf eine Änderung des Scorewerts hat, wenn zutreffende Ausgangstatsachen zugrunde gelegt wurden, macht die Sache nicht besser.

Yvonne Hofstetter, bringt es auf den Punkt: „Die unvorstellbaren Datenmassen, die sekundlich abgeschöpft werden und durchs weltweite Netz fluten, sind allein noch kein Risiko. Denn die Gefahr für die freiheitliche Gesellschaft geht von intelligenten Algorithmen aus. Sie analysieren, prognostizieren und berechnen uns neu, um uns zu kontrollieren – autonom, schnell, überall und immer. Sie verbreiten sich als selbstlernende Haustechnik, vernetzte Autos oder elektronische Armbänder.“²²⁵

Statt dieser Gefährdungslage Rechnung zu tragen, entzieht der BGH dem Betroffenen hier unter Verweis auf den Eigentumsschutz (in Form des Betriebsgeheimnisses) die Möglichkeit der Wahrung seiner Rechtspositionen.²²⁶ Das können einfachgesetzliche, z.B. aus dem AGG, aber auch verfassungsrechtliche über die Generalklauseln, wie durch § 138 BGB oder § 242 BGB²²⁷ sein. Vor allem sollte der freie Wille des Bürgers, seine Selbstbestimmtheit und seine Verhandlungsstärke geschützt werden. Das setzt voraus, dass der Bürger aufgeklärt und informiert eine Entscheidung treffen kann. Daran mangelt es hier. Dem Bankkunden wird jegliche Verhandlungsposition – von Verhand-

²²⁴ Rn 30, BGH Urteil vom 22.02.2011 – VI ZR 120/10 Rn 8 ff.

²²⁵ Yvonne Hofstetter (Juristin und Expertin für künstliche Intelligenz) im Werbetext zu ihrem Buch: Sie wissen alles, 4. Aufl. 2014.

²²⁶ Der BGH geht damit sogar über die Forderungen der Wirtschaft hinaus, Zukunftsrat der Bayerischen Wirtschaft, Zukunft digital – Big Data, Analyse und Handlungsempfehlungen, S. 98.

²²⁷ Dirk Olzen/Dirk Looschelders in Staudinger, BGB § 242, Rn 143 ff. (Stand 2015), vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89.

lungsstärke kann keine Rede sein – durch ein künstlich erzeugtes Wissensdefizit entzogen. Er wird vom menschlichen Verhandlungspartner zum Träger eines Scorewertes verdinglicht. Denn die Schufa kann im Verhältnis zum Bankkunden auf eine nicht nachvollziehbare und nicht kontrollierbare Weise Entscheidungen über dessen Wohl und Wehe treffen. Hier manifestiert sich manchmal in existentieller Weise Manovich's Diktum – „Software takes Command“.²²⁸

Den genannten Entscheidungen des BGH ist gemein, dass sie auf Grundlage eines liberalen Gesellschaftsverständnisses in neoliberalen Zeiten ergingen. Offensichtlich gaben die Fälle dem BGH noch nicht ausreichend Anlass, alte Koordinaten des Rechtssystems an die neue Situation anzupassen. Dabei geht es nicht um eine Totalrevision, sondern um ein Nachjustieren.

7. Handlungspflichten – Handlungsmöglichkeiten

a) Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Therapie

Das BVerfG hat in der bereits zitierten Entscheidung aus dem Jahre 1990 den Gesetzgeber verpflichtet, einzugreifen, um Disparitäten auszugleichen: „Der Gesetzgeber hat einen besonders weiten Beurteilungs- und Gestaltungsraum für die Frage, wann Ungleichgewichtslagen so schwer wiegen, daß die Vertragsfreiheit durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt oder ergänzt werden muß; *offensichtlichen Fehlentwicklungen darf er allerdings nicht tatenlos zusehen*; er muß die konkurrierenden Grundrechtspositionen der Vertragsteile berücksichtigen, weder Freiheitsbeschränkung noch Freiheitsschutz dürfen

²²⁸ Lev Manovich, Software takes command. Extending the language of new media, 2013.

bei der vertraglichen Wechselbeziehung unverhältnismäßig sein ...²²⁹.

Noch weiter geht das BVerfG in seiner Entscheidung zur GPS-Observation.²³⁰ Der Gesetzgeber ist danach nicht nur zum Einschreiten bei offensichtlichen Fehlentwicklungen verpflichtet, sondern auch zu sorgsamer Beobachtung: „Wegen des schnellen und für den Grundrechtsschutz riskanten informationstechnischen Wandels muss der Gesetzgeber die technischen Entwicklungen aufmerksam beobachten und notfalls durch ergänzende Rechtssetzung korrigierend eingreifen.“ Soweit sich die Literatur überhaupt dazu äußert, wird eine Justitiabilität von Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG bejaht.²³¹ Es besteht also ein Anspruch des Bürgers auf das positive Tun des Staates in Form des Abwehrens von Eingriffen in die Menschenwürde durch einzelne Private oder gesellschaftliche Kollektive.

b) Rechtliche Bewertung der gesellschaftlichen Entwicklung

Günter Dürig schreibt in seiner unvergleichlichen Grundgesetzkommentierung zu Art. 1, Rn. 18: „Jeder Mensch ist Mensch kraft seines Geistes, der ihn abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt, seiner selbst bewußt zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich und die Umwelt zu gestalten.“²³² Rn. 22: „Von dieser objektiven Wertschutznorm kann der Staat auch nicht durch das subjektive Einverständnis des konkreten Wertträgers

²²⁹ BVerfG, Beschluss vom 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, Leitsatz 4; diesen Ansatz hält Ernst Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1982, S. 378, für rechts- und verfassungswidrig.

²³⁰ BVerfG Urteil vom 12.04.2005 – 2 BvR 581/01 LS 3 und juris Rn 63.

²³¹ Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 102 ff., Dürig in MDH, Grundgesetz, 1958, Art. 1 Rn 2, Fn 2 S. 3 f. aE, m.w.N.; Alexy, Theorie der Grundrechte, zur Justitiabilität, S. 420 ff.

²³² Günter Dürig in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand 1958, Art. 1.

freigestellt werden.“ Rn. 28, zum Inhalt: „Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird. (...) Es geht um die Degradierung des Menschen zum Ding, das total ‚erfaßt‘, ‚abgeschossen‘, ‚registriert‘, ‚liquidiert‘, ‚im Gehirn gewaschen‘, ‚ersetzt‘, ‚eingesetzt‘ und ‚ausgesetzt‘ (d.h. vertrieben) werden kann.“

In Literatur und Rechtsprechung ging diese Auffassung von der Menschenwürde als Objektformel ein – und diese Bezeichnung trifft den Kern des Problems. Allerdings nimmt die Bezeichnung als „Formel“ dem Leser die Möglichkeit, die Empörung, die *Günter Dürig* beim Abfassen dieses Teils der Kommentierung empfunden haben muss, selbst zu spüren. Nicht mehr zu spüren und im wahrsten Sinne des Wortes zu begreifen, was es für ihn bedeutet haben muss, dem „totalen Staat“ die Idee der Freiheit, der inneren wie der äußeren, entgegensetzen zu können. Es hat immerhin über sechzig Jahre gedauert, bis die Vorstellungswelt der Väter und Mütter des Grundgesetzes zum Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung wurde.²³³ *Christoph Goos* zeigt, wie zeitlos der Kampf um die Freiheit und die Würde des Menschen ist. Gleichzeitig wird deutlich, wie weit wir uns von den Erfahrungen unserer Mütter und Väter entfernt haben, um uns unversehens der Gefahr eines neuen totalitären Systems ausgesetzt zu sehen.

Das hatte 1983 *Ernst Benda* zum Ausdruck gebracht,²³⁴ als er davor warnte, dass die „Technisierung der Staatstätigkeit“ und die „Verplanung des Menschen“ nicht dazu führen dürfe, dass der Bedarf an Diskussion und der Kampf um den richtigen politischen Weg in der Gesellschaft zu kurz komme. Menschenwürde sei schließlich die verantwortungsbewusste Entscheidung zwischen Alternativen. Auch ein

²³³ Christoph Goos, *Innere Freiheit, Eine Rekonstruktion des grundgesetzlichen Würdebegriffs*, 2011.

²³⁴ *Handbuch des Verfassungsrecht*, Benda/Maihofer/Vogel, 1983, S 124 ff.

Irrtum sei ein Schritt auf dem Wege zur Wahrheit.²³⁵ Ein solcher Satz erzeugt heute Unbehagen oder lässt sogar Angst aufsteigen. Angst vor Fehlern, Angst vor deren Folgen und – wie gesehen – Angst vor gesellschaftlicher Exklusion, wenn die innere Freiheit zutage tritt, die nicht dem Mainstream folgt.

In Abwandlung zu *Carlo Schmid*: „Der totale Staat – oder besser die totale Gesellschaft – verlangt auch seinen / ihren Preis, und der ist: die Freiheit des Menschen! Und diesen Preis dürfen wir nicht bezahlen wollen, wenn wir nicht auf die Würde des Menschen verzichten wollen.“²³⁶ Es ist kein Zufall, dass dem totalen Staat die Menschenwürde zum Opfer fällt. Denn der Verlust der Freiheit – äußerer oder innerer – und die Verdinglichung des Menschen berauben den Menschen seiner Würde.

c) Rechtlicher Lösungsraum

Welche Antwort gibt die Verfassung in dieser Situation? Wie schützt sie die Freiheit des Einzelnen? Das Konzept des Grundgesetzes schützt zunächst den Einzelnen vor der Allmacht des Staates. Doch gewährt das Grundgesetz auch Schutz vor internationalen Oligopolen oder sogar Monopolen? Schließlich übersteigt deren Macht in einer globalisierten Wirtschaftswelt diejenige einzelner Staaten inzwischen bei weitem.

Das Bundesverfassungsgericht und die h.M. vertreten nach wie vor die Auffassung, dass Private grundsätzlich nicht grundrechtsgebunden sind. Dies gelte auch dann, wenn sie gegenüber anderen Privaten über eine weit überlegene Machtposition verfügen.²³⁷ Allerdings muss der Gesetzgeber auch dort, wo er wie im Zivilrecht die Rechtsbeziehungen

²³⁵ Handbuch des Verfassungsrecht, a.a.O., S. 127.

²³⁶ Bereits oben, Ziff. 3. d).

²³⁷ Hillgruber in Epping, Grundgesetz, 2. Aufl. 2013, Art. 1, Rn 72.

Privater untereinander regelt, seine eigene Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG beachten.²³⁸ Dies führt zur mittelbaren Drittwirkung oder Ausstrahlungswirkung der Grundrechte. Schließlich ist es nicht nur Verpflichtung des Staates, die Würde des Menschen zu achten, sondern auch zu schützen, Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG.

Dieser Schutzdimension wird dabei als eigenständige subjektiv-rechtliche Gewährleistung verstanden.²³⁹ Das BVerfG²⁴⁰ hat in einer seiner ersten Entscheidungen hervorgehoben, die Menschenwürde sei auch vor Beeinträchtigungen von anderer Seite zu bewahren. Häufig zitiert wird die Formel,²⁴¹ der Staat müsse „alle Menschen gegen Angriffe auf die Menschenwürde wie Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung ... schützen“, insbesondere privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Vorschriften erlassen, die die Beeinträchtigung der Würde des Menschen verhindern.²⁴² Art. 1 Abs. 1 Satz 2 hat also unmittelbare Auswirkungen auf alle drei Staatsgewalten. Dabei obliegt die Umsetzung des Schutzprogramms primär dem Gesetzgeber, der

²³⁸ Hillgruber in Epping, a.a.O., Art. 1, Rn 73.

²³⁹ Höfling in Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 1, Rn 48 m.w.N.; wohl zurückhaltender Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 410 ff; vgl. hierzu den Hinweis von Dürig in MDH, Grundgesetz, 1958, Art. 1 Rn 2, Fn 2 S. 3 auf Art. 100 BV. Nawiasky hat hierzu im Ergänzungsband zum Kommentar, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1953, Art. 100, ausgeführt: [Der Verfasser] „ging von der Tatsache aus, daß in der Praxis der nationalsozialistischen Behörden, ganz abgesehen von der sonstigen Verleugnung elementarer Rechtsgrundsätze, zusätzlich eine empörende Mißachtung der persönlichen Würde des Menschen gang und gäbe war, und dieser sollte mit allem Nachdruck entgegengetreten werden.“

²⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 19.12.1951 – 1 BvR 220/51 –, juris Rn 32.

²⁴¹ BVerfG, Urteil vom 12.12.2000 – 1 BvR 1762/95, 1 BvR 1787/95, juris Rn 66; BVerfG, Beschluss vom 11.03.2003 – 1 BvR 426/02, juris Rn 26.

²⁴² Jarass in Jarass / Peroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 1 Rn 14 m.w.N.

auch zu einer menschenwürdegerechten Ordnung auch der Privatrechtsbindungen aufgerufen ist.²⁴³

d) Umsetzungsmöglichkeit des Verfassungsauftrags durch Legislative und Exekutive

aa) Der soziologische Befund,²⁴⁴ dass tatsächliche Macht auf der einen Seite und erste und zweite Staatsgewalt auf der anderen sich immer stärker voneinander entfernen, oder anders: dass die Staatsgewalten Opfer einer feindlichen Übernahme geworden sind,²⁴⁵ lässt Zweifel aufkommen, ob sie der Aufgabe zur Wahrung der Menschenwürde im Bereich des Internets tatsächlich nachkommen können. Dabei werden

²⁴³ Höfling in Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 1, Rn 51 m.w.N.; Jutta Limbach, Die Ausstrahlung des Grundgesetzes auf das Privatrecht, Festvortrag vor der Deutschen Rechtsschule der Universität Warschau, 1999; Dürig in MDH, Grundgesetz, 1958, Art. 1 Rn 2, auch gegenüber ausländischen Staaten und der Wirtschaft; Hamann / Lenz, Grundgesetz, 3. Aufl. 1970, Art. 1, Rn 5 auch bezogen auf „Faktoren des Wirtschaftslebens“, jeweils m.w.N.; weitergehend Hans Carl Nipperdey, in Neumann/Nipperdey/Scheuner Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 18 ff. und 35 f., ders. Bd. IV/2, 1962, S. 742 und 752 ff.; Johannes Hager, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373–383 (383), die von einer unmittelbaren Grundrechtswirkung gegenüber rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen ausgehen; ebenso Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, die Grundrechte dienen dem Bürger zur Abwehr gegen den Staat und Konzerne, Rede anlässlich der Verleihung des Max-Friedlaender Preises 22.11.2013 in München; ablehnend Hans Heinrich Rupp, „Dienende“ Grundrechte, „Bürgergesellschaft“, „Drittwirkung“ und „soziale Interdependenz“ der Grundrechte, JZ 2001, S. 271–277, S. 275; Ralf Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 229 ff.; Alexander Bruns, Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status?, JZ 2007, S. 385–394, S. 387.

²⁴⁴ Zygmunt Bauman / David Lyon, Daten Drohnen, Disziplin, 2013, S. 135–141.

²⁴⁵ Michael Dudek, Deutungen der Anwaltschaft, 2012, S. 32 ff.

wirtschaftspolitische Überzeugungen inzwischen in breiten Bevölkerungsschichten geteilt. Das folgende Schaubild mag das verdeutlichen:

Volk und Mächtige stehen sich in der Ausgangssituation mit ihren Interessen und Überzeugungen gegenüber (A). Sie lassen sich ihre Interessen einerseits von Volksvertretern und andererseits von Lobbyisten wahrnehmen (B). Man könnte erwarten, dass zwischen diesen beiden Gruppen nun ein lebhafter Diskurs zum Interessenausgleich stattfindet (C). Allerdings konnte man in der Vergangenheit feststellen, dass sich die Volksvertreter zunehmend die Überzeugungen der Lobbyisten zu Eigen machten (D).²⁴⁶ Und auch das Volk übernahm fast in seiner Gänze die neoliberale Denkweise (E).

²⁴⁶ Michael Dudek, a.a.O., S. 32 ff. und S. 37 ff. m.w.N.

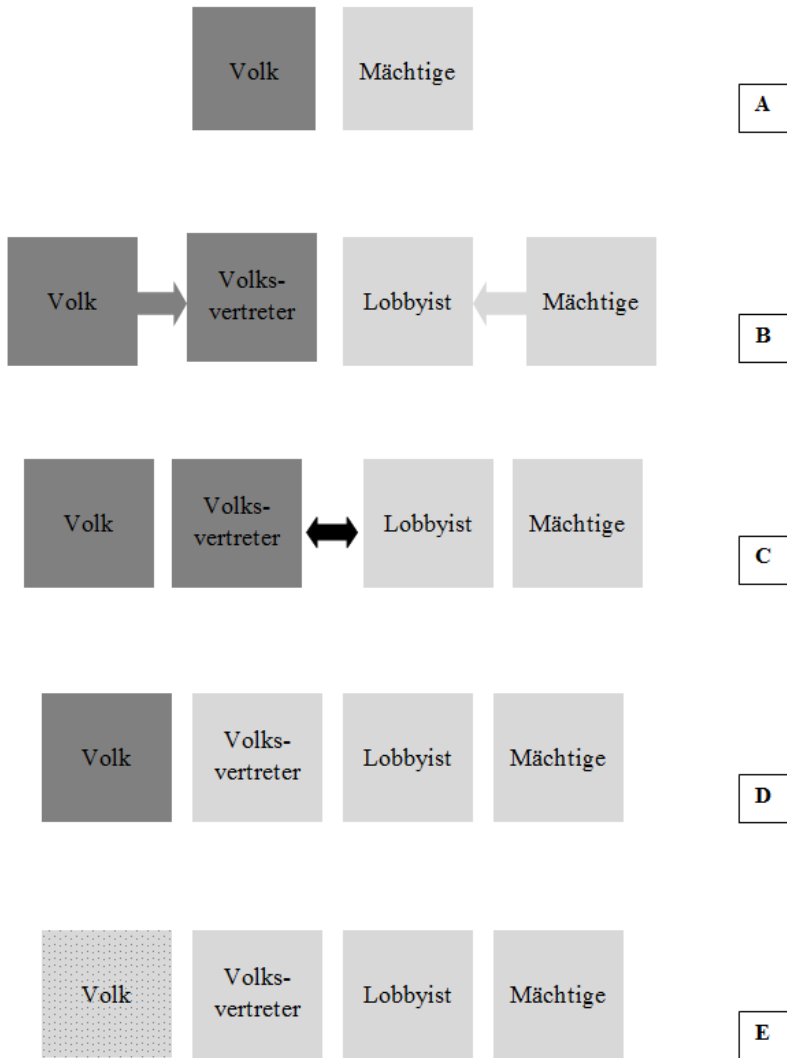


Schaubild zur Entwicklung des gesellschaftlichen Meinungsaustauschs

bb) Gleichwohl wird der Ruf nach einer legislativen Regelung (auch des Internets) derzeit von den unterschiedlichsten Seiten erhoben:

(1) Für *Rüdiger Voigt* „als Vertreter einer souveränitätsorientierten Staatstheorie gewinnt das Gewaltmonopol des Staates zentrale Bedeutung für den Schutz seiner Bürger und Bürgerinnen. ... *Voigt* kritisiert den naiven Kosmopolitismus, die zunehmende Beliebigkeit des Staatsbegriffs und die Abkehr vom Prinzip der Volkssouveränität in Staatslehre und Politikwissenschaft sowie die Pflichtvergessenheit der Politiker. Unter Bezugnahme auf *Hermann Heller* und *Carl Schmitt* sieht er den Staat als „organisierte Entscheidungs- und Wirkeinheit“ sowie als Schicksalsgemeinschaft des Volkes und die Politiker als Treuhänder des Volkes. Die Kategorien Territorium, Souveränität und Nation sind für ihn die Fundamente, auf denen der okzidentale Staat beruht und aus denen er seine Stabilität gewinnt.“²⁴⁷ Jedenfalls für Demokratien westlicher Prägung dürfte diese Sicht der Dinge überholt sein. Phänomene wie das Internet und die zunehmende internationale Verflechtung im Zuge der Globalisierung lassen sich damit nicht abbilden. Die nostalgische Erinnerung an *Carl Schmitt* und Ideen eines starken Staates helfen nicht weiter.

(2) *Utz Schliesky* ist der weitgehende Verzicht auf den Gestaltungsanspruch und die Gestaltungsmöglichkeiten bei Politik, Gesetz- und Verfassungsgebern nicht verständlich. Die „Erfindung“ einschlägiger Rechtssätze werde der Rechtsprechung anvertraut, die ihrer Aufgabe immer besser und in immer größerem Umfang nachkomme. Letztlich müssten Verfassung, Rechtsordnung und Gesellschaft in die digitale Welt geführt werden.²⁴⁸ Dieser Forderung steht der soziologische Be-

²⁴⁷ Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/R%C3%BCdiger_Voigt (letzter Zugriff 03/2016).

²⁴⁸ *Utz Schliesky*, Eine Verfassung für den digitalen Staat?, ZRP 2015, 56-58, (57).

fund entgegen. Die Politik ist insoweit gegenüber (globalen) Wirtschaftsinteressen weitgehend handlungsunfähig geworden.

(3) In Erwiderung auf die Überlegungen von *Schliesky* fordert *Hans Peter Bull* vor einer groß angelegten Veränderung, das geltende Recht auszuschöpfen. Reformvorschläge seien erst dann von Nutzen, wenn das überlieferte Recht keine angemessenen und bewährten Lösungen biete. Entscheidend sei nicht, dass wir irgendwie auf die „Herausforderungen“ reagieren, sondern wie wir das tun. Die inhaltliche Richtlinie müsse sein: Nicht das Grundgesetz soll „angepasst“ werden, sondern die „virtuelle“ Welt muss den Normen der „analogen“ unterworfen werden. So wie wir keine „marktkonforme Demokratie“ sondern eine „demokratiekonforme Marktwirtschaft“ wollten, brauchten wir ein demokratie- und grundrechtskonformes Internet und keine internetkonforme Demokratie.²⁴⁹

(4) *Marco Mansdörfer* hält das bestehende Strafrecht nicht für ausreichend. Die Internettechnologie sei ihren Kinderschuhen entwachsen. Entsprechend müsse sie behandelt werden. Geschäftsmodellen, die auf einer unkontrollierten, den Einzelnen entblößenden Erhebung von Userdaten basierten, könne durch wenige Striche des Gesetzgebers der Boden entzogen werden.²⁵⁰ Zudem sei der Einfluss smarter Programmierung – beispielsweise von Suchmaschinen – auf Willensentscheidungen eines Nutzers strafrechtlich in den Blick zu nehmen. Es könne nicht sein, persönliche Verantwortung auf eine Maschine zu verlagern. Ebenso müssten der smarte Austausch und die smarte Erhebung von Daten geregelt und bei Verstößen strafrechtlich sanktioniert werden.²⁵¹

²⁴⁹ Hans Peter Bull, Der „digitale Staat“ und seine rechtliche Ordnung, ZRP, 2015, 98–101, (101).

²⁵⁰ Marco Mansdörfer, Zum Strafrecht der Zukunft: Strafrechtsstandards für Big Data und Industrie 4.0, JM 2015, 387 (392).

²⁵¹ Marco Mansdörfer, a.a.O., S. 388 f.

Ob derartige Überlegungen tatsächlich Wirklichkeit werden können, hängt aber nicht nur von nationalen Gegebenheiten, sondern auch von völkerrechtlichen Vereinbarungen ab, die vorrangig vor europäischem und deutschem Verfassungsrecht gelten. Es geht auf der großen politischen Bühne längst nicht mehr um eine feindliche Übernahme, sondern um die Ausschaltung rechtsstaatlicher und demokratischer Willensbildung und der dritten Gewalt als Regulator in einer ökonomisierten Welt.²⁵²

cc) Auf eine Anwendung im Bereich der Exekutive machte *Hans Nawiasky* zu Art. 100 BV aufmerksam: Der Hinweis auf die Menschenwürde könnte als Verweigerungsgrund für die Ausfertigung von Gesetzen (Art. 76 BV) in Betracht zu ziehen sein.²⁵³ Im Bereich der dritten Gewalt müssen die Zivilgerichte zivilrechtliche Normen – wie gezeigt – grundrechtskonform anwenden, wofür sich insbesondere Generalklauseln eignen.²⁵⁴

e) Umsetzungsmöglichkeit des Verfassungsauftrags durch die Judikative

Die Judikative ist aktuell noch am besten in der Lage, den Verfassungsauftrag zur Wahrung der Menschenwürde umzusetzen. Eine „feindliche Übernahme“ würde sich bei der dritten Gewalt im Übrigen deutlich schwieriger gestalten als bei den beiden anderen, bildet doch die von jedem einzelnen Berufsträger verteidigte richterliche Unab-

²⁵² Siegfried Broß, Freihandelsabkommen, einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Hans Böckler Stiftung, Report Januar 2015, Nr. 4; Die Art und Weise, wie die völkerrechtlichen Abkommen CETA, TTIP oder TISA verhandelt werden, bestätigt dies aufs Eindrucksvollste.

²⁵³ Nawiasky/Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1948, Art. 100, 2. Abs. aE.

²⁵⁴ Hillgruber in Epping, Grundgesetz, 2. Aufl. 2013, Art. 1, Rn 73 m.w.N.

hängigkeit eine erhebliche Barriere gegen derartige Bestrebungen. Zur Überwindung dieser Barriere wird an verschiedenen Lösungsmöglichkeiten gearbeitet. So werden längere „Praktika“ von Richtern in Industrieunternehmen oder Wirtschaftsverbänden vorgeschlagen. Dies soll das Verständnis wirtschaftlicher Sachverhalte schulen – und zu Verständnis für die potentielle Prozesspartei führen. Der andere derzeit praktizierte Weg ist das beharrliche Kaputtschrumpfen der Justiz, insbesondere in der Fläche. So wurde die Zahl der Kreis- bzw. Amtsgerichte in Mecklenburg-Vorpommern seit 1989 von 31 auf 11 reduziert.²⁵⁵ Kein Jahr ohne Gerichtsreform und damit Gerichtsschließung.²⁵⁶

Hat die ordentliche Gerichtsbarkeit noch die Substanz und Akzeptanz, um Fehlentwicklungen zu begegnen? Die Zahl der zivilgerichtlichen Verfahren ist in den letzten Jahren scheinbar deutlich rückläufig.²⁵⁷ Das sorgt nicht nur bei der Justiz für Ratlosigkeit. Es lassen sich jedoch bereits jetzt einige Gründe für den Rückgang der Fallzahlen identifizieren:

(1) Die Inkassotätigkeit der Kanzleien ist durch Zahlung mit EC oder Kreditkarte, Internethandel bzw. E-Banking stark zurückgegangen.²⁵⁸ Dem entspricht der signifikante Rückgang von anhängigen amtsgerichtlichen Verfahren,²⁵⁹ von Mahnverfahren²⁶⁰ und von Zwangsvoll-

²⁵⁵ Vgl. <http://www.mv-justiz.de/gerichte.htm>, (letzter Zugriff 03/2016).

²⁵⁶ Erfreuliche Ausnahme bislang: Die geplante Schließung des OLG Koblenz konnte 2011 durch massiven Bürgerprotest, unter anderem 50.000 Unterschriften, verhindert werden; zum Ganzen auch Michael Dudek, Deutungen der Anwaltschaft, 2012, S. 49 ff.

²⁵⁷ Vgl. https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersnal/Zivilgerichte2100210137004.pdf?__blob=publicationFile, (letzter Zugriff 03/2016).

²⁵⁸ Der Trend wurde in den letzten Jahrzehnten sicher durch vorausschauende Beratung von Anwälten verstärkt.

²⁵⁹ 2000: 601.455 – 2013: 491.107, Rückgang 18,3%.

streckungssachen²⁶¹ in der Zeit von 2000 bis 2013. Demgegenüber ist die Zahl der landgerichtlichen Verfahren²⁶² in diesem Zeitraum deutlich gestiegen. Möglicherweise hängt es auch von der finanziellen Leistungsfähigkeit ab, um sein gutes Recht kämpfen zu können.

(2) Verändertes Konsumverhalten: Wandte man früher vielleicht ein Monatsgehalt für einen Wohnzimmertisch auf, kauft man diesen heute für wenige Euro bei einer Möbelkette – im Wissen, dass es sich um einen Wegwerfartikel handelt. Gewährleistungsfälle im stark gewachsenen Konsumgüterbereich sind rechtlicher und damit gerichtlicher Behandlung weitgehend entzogen.

(3) Zu den Veränderungen im Kfz-Haftpflichtbereich gibt es bereits intensive Überlegungen. Bislang haben die Angebote eines 24-Stunden-Service und der „problemlosen“ Regulierung durch die Versicherer noch keinen signifikanten Einfluss auf die gerichtlichen Erledigungszahlen, die sich zwischen den Jahren 2002 und 2013 sogar erhöht haben – was freilich keinen direkten Rückschluss auf die Eingangszahlen in diesem Bereich zulässt.²⁶³

(4) Auch Scheidungssachen gingen zurück²⁶⁴ – durch eine veränderte Einstellung zu Ehe? Außerdem ist schon jetzt feststellbar, dass Paare, die sich vor der Heirat einem speziellen Kommunikationstraining un-

²⁶⁰ 2000: 7.903.052 – 2013: 5.763.385, Rückgang 27,1%.

²⁶¹ 2000: 3.207.652 – 2013: 2.387.076, Rückgang: 25,6%, dabei ist zu beachten, dass nach 12 stabilen Jahren die Zahlen von 2012: 3.090.904 auf Wert von 2013 gesunken ist.

²⁶² 2000: 243.039 – 2013: 284.762, Zunahme 17,2%.

²⁶³ Landgerichte, Erledigung 2002: 13 136 – 2013: 21.398; Amtsgerichte 2002: 121 437 – 2013: 129.486.

²⁶⁴ 2000: 230.825 – 2013: 195.335, Rückgang 15,4%; https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Familiengerichte2100220137004.pdf?__blob=publicationFile, (letzter Zugriff 03/2016).

terzogen, signifikant geringere Scheidungsquoten haben (das eher als Trend, der wohl noch nicht messbar ist).

(5) Vielfach wird die Meinung vertreten, die ordentliche Gerichtsbarkeit hätte Verfahren an außergerichtliche Konfliktlösungsmethoden (ADR-Verfahren), z.B. die Schiedsgerichtsbarkeit verloren.²⁶⁵ *Hans Fehr* berichtet aus der *Weimarer Zeit*, dass sich „die Staatsflucht klar auf dem Boden der Gerichtsbarkeit zeige. Grundsätzlich sei der Staat der einzige Richter. ... Das Verfahren vor den staatlichen Gerichten erschien breiten Kreisen der Bevölkerung als zu langsam, zu teuer und zu wenig sachgemäß. ... Diese Momente führen zu einer Zurückdrängung der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Abseits vom Staate hätten sich Tausende von Schiedsgerichten ausgebildet.“²⁶⁶ An den Vorwürfen hat sich offensichtlich nichts geändert, auch wenn die Justiz erfolgreich den Beweis des Gegenteils anbieten kann.²⁶⁷ Statistisch auffällig dürften Veränderungen durch die Zahl nationaler Schiedsgerichtsverfahren nach meinem Eindruck nicht sein. So wurden im Jahre 2004 bei der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) 87 Schiedsgerichtsverfahren eingeleitet, 2012 waren es 125.²⁶⁸ Erst recht klagen viele Mediatoren über keine oder eine viel zu geringe Auslastung.

(6) Für international agierende Unternehmen gelten eigene „Gesetze“. Bereits im Jahre 2001 stellte *Graf-Peter Calliess* fest: „Global Player versuchen daher gegenwärtig, einen globalen Rechtsrahmen als selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft im Wege der Selbstregulierung

²⁶⁵ Thilo Ramm, Schiedsgerichtsbarkeit, Schlichtung, Rechtsprechungslehre, ZRP 1989, S. 136–145, bestreitet bereits, dass Rechtsprechung eine Staatsfunktion sei, da sie auch durch nichtstaatliche Gremien ausgeübt werden könne.

²⁶⁶ Hans Fehr, *Recht und Wirklichkeit*, 1927, S. 72 ff.

²⁶⁷ Vgl. https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/projekte/ergebnisse_evaluation.pdf, (letzter Zugriff 03/2016).

²⁶⁸ Vgl. <http://www.dis-arb.de/de/39/content/statistik-id54>, (letzter Zugriff 03/2016).

(„lead by the industry and, driven by the markets“: *GBDe*, 2000) nach dem Vorbild der *lex mercatoria* zu schaffen. An diesem Prozess beteiligen sich auch verschiedene internationale Organisationen staatlicher (OECD) oder zivilgesellschaftlicher (TACD) Herkunft. Die großen Unternehmen der Weltwirtschaft werden aber nicht nur explizit normierend tätig, sondern treten darüber hinaus ganz unscheinbar als implizite Gesetzgeber auf, wenn sie als marktbeherrschende und vertikal integrierte Access-, Service- und Contentprovider (AOL Time Warner) über Netzarchitektur und Softwarecodes die „Naturgesetze“ des Cyberspace bestimmen.“ *Graf-Peter Calliess* leitet daraus zwei Fragen ab, nämlich „*erstens* die Frage, ob ein „Global Law without a State“ (Teubner 1997) im Wege der Co-Regulierung zwischen internationalen staatlichen, privatwirtschaftlichen und zivilgesellschaftlichen Akteuren entstehen und unter welchen Bedingungen ein solches Regelsystem funktionsfähig und legitim sein kann. *Zweitens* ist zu untersuchen, wie die von der Globalisierung weitgehend ausgeschlossenen Systeme Recht und Politik auf diese Entwicklung reagieren können, um die neue Macht der globalen Ökonomie in einen klassische Freiheiten sichernden Rechtsrahmen einzubinden. Gesucht wird ein funktionales Äquivalent für den auf globaler Ebene nicht institutionalisierten demokratischen Rechtsstaat.“²⁶⁹

Die Empfehlungen, die der Autor gibt, werden aber wohl nicht zu einer Umkehr dieser Entwicklung führen. Zum einen soll eine Orientierung an der ökonomischen Rechtstheorie für eine Verbesserung sorgen,²⁷⁰ zum anderen Veränderungen in der deutschen Justiz.²⁷¹

²⁶⁹ Graf-Peter Calliess, *Rechtssicherheit und Marktbeherrschung im elektronischen Welthandel: die Globalisierung des Rechts als Herausforderung der Rechts- und Wirtschaftstheorie* in: Juergen B. Donges / Stefan Mai (Hrsg.), *E-Commerce und Wirtschaftspolitik*, 2001, S. 189–206, S. 202 f.

²⁷⁰ Graf-Peter Calliess, a.a.O., S. 203; dazu bereits oben 3. c).

Dazu zählt *Callies* die Umsetzung des Haager Übereinkommens zu Gerichtsstandsvereinbarungen, eine Erleichterung der Rechtswahl vor staatlichen Gerichten, die Zulassung einer funktionellen Gerichtsstandwahl, Englisch als Gerichtssprache und die Schaffung konkurrierender Zuständigkeiten für internationale Streitigkeiten. Nur so könne Deutschland als Justizstandort im globalen Wettbewerb mithalten. Auf die Gründe, warum diese fünf Punkte in der Praxis noch nicht substantiell umgesetzt sind, geht *Callies* freilich nicht ein. Jeder, der einmal eine Handelssache zwischen einer deutschen und einer portugiesischen Partei (um kein zu exotisches Beispiel zu wählen) miterlebt hat, weiß, welche praktischen Probleme schon jetzt auftreten. Diese Probleme werden durch eine Erweiterung des „Angebots an Möglichkeiten“ eher noch verschärft. Das spricht nicht gegen die Vorschläge per se. Es spricht vielmehr dafür, dass in die „Ressource“ Justiz entsprechend investiert werden muss. Genau das hält *Callies* aber nicht für erforderlich. So bezeichnete er bei einer Diskussion zum Thema Gerichtsstrukturformen die Justiz unter anderem als „völlig überschätzte Ressource“,²⁷² man müsse nach Alternativen suchen.

(7) In der Rechtspflege, also bei Anwälten und Richtern, kann man zudem häufig die Vorstellung antreffen, für die wichtigsten Probleme stünden bereits Lösungen bereit. Mit Hilfe der Datenbanken lasse sich für alles die passende Entscheidung finden. Ein heimlicher Übergang zum Caselaw? Solches Denken mag zwar die Gerichte entlasten, weil es die außergerichtliche Einigungsquote hoch hält. Aber löst eine gefundene BGH Entscheidung wirklich den aktuellen Fall? Der Zugriff auf Datenbanken kann das Überdenken der Gerechtigkeit im Fall nicht

²⁷¹ Graf-Peter Calliess, Effektive Justizdienstleistungen für den globalen Handel, ZRP 2009, 1 ff.

²⁷² Deutscher Anwaltstag 2015, Schwerpunktveranstaltung I, Gerichtsschließungen – Aufgabe der Rechtspflege, 11.06.2015 16:00–18:00 Uhr, Prof. Dr. Graf-Peter Calliess nach einem Einführungsreferat über den wirtschaftlichen Wert der Justiz im Allgemeinen.

ersetzen, auch wenn es häufig die Mandanten sind, die eine schnelle, vermeintlich sichere Lösung einem „Kampf“ um das Recht vorziehen. Die Erfahrung lehrt, dass ein sicheres Gefühl der Parteien für die Einordnung der Rechtslage die Vergleichsbereitschaft erhöht.

(8) Noch nicht in seinen Auswirkungen auf die Justiz abschätzbar dürfte das Verdampfen gesellschaftlicher Institutionen sein.²⁷³ Im Kleinen Prinzen stellt *Antoine de Saint Exupéry*s weiser Fuchs zwar fest, dass es gerade zum Zähmen feste Bräuche geben müsse;²⁷⁴ ob das auch für das gesellschaftliche Verständnis von Justiz gilt, bleibt abzuwarten. So sind auch dem Mainstream gegenläufige Tendenzen erkennbar, man denke nur an die Renaissance des Begriffs „Heimat“.

Allerdings haben der Neoliberalismus und das ökonomische Denken auch nicht vor der Rechtswissenschaft Halt gemacht.²⁷⁵ Damit einher geht faktisch die Ablehnung des staatlichen Justizsystems wegen vermeintlich zu hoher Transaktionskosten. Außerdem könne das Recht in seiner bisherigen Form die Bedürfnisse „des Marktes“ nicht erfüllen.

Im Ergebnis bleibt die Kernaufgabe der ordentlichen Gerichtsbarkeit, für einen gerechten Ausgleich zwischen Parteien zu sorgen, erhalten. Es werden sich wohl eher die Rechtsmaterien verändern. Vor hundert Jahren hätte noch niemand vorhersehen können, welche Bedürfnisse nach Streiterledigung durch den Autoverkehr oder andere technische Neuerungen auf die Rechtsprechung zukommen. Ähnlich verhält es

²⁷³ Zygmunt Bauman/David Lyon, *Daten Drogen, Disziplin*, 2013, S. 13.

²⁷⁴ Antoine de Saint Exupéry, *Der kleine Prinz*, Kapitel XXI, 1943. Dass es bei Saint-Exupéry Begegnung des Kleinen Prinzen mit dem Fuchs auch um das Thema des Zähmen geht, ist im Kontext dieses Beitrags zum Umgang mit einer drohenden technischen Totalitarismus eine weitere Facette – denn auch hier geht es um nichts anderes als um eine ‚Zähmung‘ – im positiven Sinne, um einen aufgeklärten Umgang mit Big Data; oder – im verschärften Sinne – um eine ‚Bändigung‘ neoliberaler Auswüchse.

²⁷⁵ Hierzu Michael Dudek, *Deutungen der Anwaltschaft*, 2012, S. 53–68.

sich mit Internet und Digitalisierung. Dabei geht es nicht darum, rechtliches Detailwissen zur Anwendung zu bringen – was durchaus maschinell erledigt werden könnte; Nein, es geht vielmehr darum, gerechte Lösungen besonders für neuartige Fragestellungen zu finden. Wenn die Rechtspflege, also Richter und Anwälte, sich dieser Aufgabe (weiterhin) stellen, werden sie ihre Bedeutung in der Gesellschaft erhalten. Sollten sie allerdings ökonomischem Denken folgen,²⁷⁶ erfüllt die Rechtspflege ihre Aufgabe nicht mehr und kann „im Wettbewerb“ wegen vermeintlich zu hoher Transaktionskosten und fehlender Marktkonformität nicht mehr konkurrieren.

8. Diskussionsimpulse

Gesellschaft und damit auch die juristischen Professionen sind auf der Suche nach einer Theorie zur Bewältigung der aktuellen Probleme. Die gängigen ökonomischen Theorien sind eher ein Teil dieser Probleme denn ein Ansatz zu ihrer Lösung. Begriffe wie die „Selbstregulierung des Marktes“, die „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“ oder „Wachstum“ haben seit den in immer kürzeren Abständen auftretenden Wirtschaftskrisen ihre Überzeugungskraft eingebüßt. Insbesondere neoliberale ökonomische Rechtstheorie leistet keinen Beitrag für den Umgang mit der Kombination aus Machtkonzentration und immer stärkerer Manipulation.

Die Entwicklung trifft die Generationen ab dem Geburtsjahrgang 1965 unvorbereitet. Der Totalitarismus des Nationalsozialismus ist bislang in der breiten Bevölkerung nicht aufgearbeitet. Aktuell müssen wir feststellen, dass die Ideologie subkutan an einen nennenswerten Prozentsatz der Bevölkerung weitergegeben wurde und nun wieder zutage tritt. Auf der anderen Seite fehlt gerade vielen jungen Juristen ein Ge-

²⁷⁶ Hierzu Michael Dudek, Deutungen der Anwaltschaft, 2012, S. 53–68.

fühl für die Gefahren des Totalitarismus. Sie haben keine Erfahrungen als Opfer von Gewalt, den Auswirkungen von Macht und systematischer Erniedrigung. Das Gefühl von Ohnmacht gegenüber der Staatsmacht und erst recht gegenüber privater Macht ist ihnen fremd.

Bernhard Schlink hat einmal formuliert, „dass wir die Vergangenheit erinnern müssen, damit wir sie nicht wiederholen. ... So hat Deutschland das Grundgesetz so zu gestalten versucht, dass das gesellschaftliche und politische Leben nicht wieder zu dem Debakel werden würde, zu dem es unter der Weimarer Verfassung wurde.“²⁷⁷ Der gesellschaftliche Diskurs über die Frage, wie man es besser machen könne, endete spätestens in den 1980er Jahren. Die gesellschaftliche Entwicklung zeigt, dass wir gut daran täten, uns um Weiterentwicklung oder Transfer der Gedanken der Mütter und Väter des Grundgesetzes zu bemühen. Das könnte zu folgenden Überlegungen führen:

- Konzentration von Wirtschaftsmacht²⁷⁸ erkennen und eindämmen. Das kann durch kartellrechtliche Maßnahmen²⁷⁹ aber auch durch das Steuerrecht erreicht werden. Dabei ziehen Gesetzgeber und Justiz aufgrund ihrer nur nationalen Reichweite in der Regel den Kürzeren im Hinblick auf globale Ak-

²⁷⁷ Bernhard Schlink, *Erkundungen*, 2015, S. 27 f.; Schlink sieht den ersten Satz sehr ambivalent – die Möglichkeit sich anders zu verhalten oder die gleichen Fehler zu wiederholen.

²⁷⁸ Eine Analyse des Begriffs erweist sich als theoretisch lohnend, aber praktisch nicht hilfreich, Bsp. bei Fritz Rittner, Konzentrationsbegriff und Unvermeidbarkeitsdogma in wirtschaftsrechtlicher Sicht, FS Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II, 1965, S. 531–550.

²⁷⁹ Überblick bei Jochen Mohr, *Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht*, 2015; zum Verhältnis Recht und Ökonomie Jörg Brettschneider, *Zur rechtspolitischen Orientierungskraft der normativen Theorie der Regulierung*, *Der Staat*, 54 (2015), S. 501–538.

teure.²⁸⁰ Zu suchen wären folglich *nationale* Regelungen und Entscheidungen mit Einfluss auf *internationale* Standards.

- Auf horizontaler Ebene ist an eine Stärkung des Wettbewerbsrechts zu denken,²⁸¹ auf vertikaler an eine Systematisierung des Verbraucherschutzes.²⁸²
- Der Handlungsauftrag zur Beschränkung von konzentrierter Macht muss derzeit noch ohne theoretische Grundlage ausgeführt werden. Es geht um die Auswirkungen von Macht – erkennbar an Sätzen wie: „Ich konnte nicht anders handeln ...“. Wenn das Recht positivistisch lediglich vorhandene Positionen schützt, trägt es zu einer weiteren Konzentration von Macht bei. Das ist auch bei der Schaffung bloß prozeduraler Gerechtigkeit zu bedenken.
- Im Spannungsverhältnis zwischen *Freiheit und Machtbegrenzung* oder *Freiheit und Gleichheit* neigt die Rechtstheorie zu meist zu einer Entscheidung für die Freiheit. Freilich entstehen bei der Anwendung der Theorie auf konkrete Fälle, wie z.B. die Bürgschaftsentscheidungen des BVerfG, materiale Gerechtigkeitslücken. Es kann für die Rechtsanwendung nicht darauf ankommen, ob eine Theorie in der Lage ist, materiale Gerechtigkeit ausreichend zu berücksichtigen.

²⁸⁰ Dazu bereits oben 7. e) (6).

²⁸¹ Ansätze für einen erweiterten wettbewerbsrechtlichen Ansatz bei Edda Müller, Rede zur Verleihung des Max Friedlaender Preises, 27.11.2015.

²⁸² Reinhard Damm, „Privatautonomie und Verbraucherschutz“, VersR 1999, 129-141; Wolfgang Durner, Die verwaltungsrechtliche Durchsetzung zivilrechtlicher Standards im Verbraucherrecht, DVBl. 2014, 1356–1363; vgl. schon Norbert Reich, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187–194.

- Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist der erfolgreiche Versuch, durch Fallgruppenbildung Auswirkungen von Macht im Geschäftsverkehr zu begrenzen und für materiale Gerechtigkeit zu sorgen. Die Begrenzung der Vertragsfreiheit ist für den redlichen Kaufmann regelmäßig nicht zu spüren. Dagegen ermöglicht das AGBG schnellen Internet-handel. Denn der Verbraucher erteilt seine Einwilligung ohne Kenntnis der AGBG im Bewusstsein, im Allgemeinen vor Missbrauch geschützt zu sein. Eine entsprechende Sicherheit – ein „Schutz“ – fehlt bei der Nutzung seiner Daten trotz *Datenschutzes*, wobei es sich beim Datenschutz ja weniger um den Schutz der Daten handelt als um einen Schutz der Persönlichkeit derjenigen, auf die sich die Daten beziehen.
- Eine Ausweitung der Regelungstechnik z.B. auf den Finanzmarkt wäre wünschenswert. Wer Schrottimmobilien oder erkanntermaßen schadenstiftende (toxische) Finanzprodukte vertreibt, darf sich eben nicht auf Grundsätze einer bloß prozedural verstandenen Vertragsfreiheit berufen.
- Auch der (Geschäfts-) Verkehr im Internet braucht Regeln, die insbesondere für Transparenz sorgen. Den Teilnehmern am Straßenverkehr sind die diesbezüglichen Normen bekannt, Verstöße strafbewehrt. Wer über eine rote Ampel fährt, kennt die Konsequenzen. Nichts anderes kann aber für den Internet-Verkehr, also dem Umschlag von Informationen, gelten. Auf die hohe Wirkkraft psychologisch basierter Manipulationstechniken und die Aufhebung der die Grenze zwischen materieller und virtueller Welt durch Digitalisierung war eingangs schon hingewiesen worden.
- Mit einer schlüssigen Theorie kann diesen Gefahrenlagen noch nicht begegnet werden. Die Grenzziehung zu rechtlich

unzulässigem Handeln dürfte zudem sehr schwer sein. Zu denken wäre aber an eine Pflicht zur Offenlegung aller Maßnahmen, die zur Überzeugungsbildung des (potentiellen) Vertragspartners ergriffen wurden. Gegebenenfalls wäre der Nachweis der „Ungefährlichkeit“ der Maßnahme zu führen.

- Denkbar wäre auch, die angesprochenen Sachverhalte im Allgemeinen Teil des BGB bei der Geschäftsfähigkeit oder den Willensmängeln zu regeln. Hierzu sind allerdings noch erhebliche dogmatische Vorarbeiten zu leisten. Leichter wäre es dagegen, die entsprechende Dogmatik über die Generalklauseln zu entwickeln.

Die Diskussion über materiale Gerechtigkeit wird der Gesellschaft auch in Zukunft nicht erspart bleiben. Juristen können hierzu einen entscheidenden Beitrag leisten. Es kommt auf Bewertungen an – noch zulässig oder nicht, rechens oder nicht? Dieser Aufgabe müssen sich Juristen stellen.

9. Thesen

(1) Internet und Digitalisierung stellen höchst effektive Instrumente für die massenhafte Sammlung, Speicherung und Auswertung sowie den Austausch und die zielgerichtete Verwendung von Daten dar. Big Data und Algorithmen ermöglichen die völlige Erfassung des Menschen und Analyse seines Verhaltens. Sie können dazu benutzt werden, Menschen zu manipulieren und zu selektieren.

(2) Die technische Entwicklung ist dazu geeignet, private Macht übermächtig werden zu lassen. Die globale Wirtschaftskonzentration nimmt beständig zu und droht, die Ausübung von Staatsgewalt und staatliche Souveränität zu gefährden.

(3) Rechtliche Ansätze zur Begrenzung von Macht vor allem in der Zeit nach dem zweiten Weltkrieg wurden mit Erstarken des Neoliberalismus nicht mehr verfolgt. Erst in den letzten Jahren erkennt die Rechtswissenschaft allmählich wieder die Brisanz des Themas.

(4) Macht wird nicht mehr durch Gewaltanwendung, sondern durch Einflussnahme oder Manipulation ausgeübt. Internet und Digitalisierung sind aufgrund ihrer Verbreitung und Akzeptanz ideale Medien zur Verhaltenssteuerung. Das Ausmaß dieser Verhaltenssteuerung hat inzwischen einen Umfang erreicht, der „technologischen Totalitarismus“ erreicht.

(5) Totalitarismus widerspricht der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes und verletzt Menschenwürde und Grundrechte des Einzelnen.

(6) Technischer Fortschritt als solcher ist nicht Gegenstand rechtlicher Bewertung, wohl aber (private) Macht, insbesondere deren Auswirkungen, und Manipulation. Eine solche rechtliche Bewertung findet bereits ihren Niederschlag in der Rechtsordnung.

(7) Die Gesellschaft, insbesondere die Staatsgewalten, reagieren nicht angemessen schnell auf neue Ausdrucksformen von Macht und Manipulation. Die Gründe sind vielfältig: Scheu vor der Begrenzung (vermeintlicher) Rechtspositionen, kein Einschreiten bei drohender, sondern erst bei verwirklichter Gefahr (Kind im Brunnen), Wirken der Manipulation im neoliberalen Mainstream, Diffamierung des Begriffs „sozial“.

(8) Begrenzung von Macht und Schutz vor Manipulation sind originäre Aufgaben des Rechts. Schaffung und Anwendung entsprechender Rechtssätze ist durch die Verfassung geboten und aufgrund der aktuellen gesellschaftlichen Situation erforderlich.

(9) Rechtssätze sind das Ergebnis einer Bewertung. In dieser müssen historische, soziologische und psychologische Erkenntnisse Berücksichtigung finden. Die Einbeziehung neoliberaler ökonomischer Theorien oder das Vertrauen auf die „Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus“, die „Selbstregulierung des Marktes“ oder „Wachstum“ kann zur Lösung des hier dargestellten Problems nichts beitragen.

(10) Kritik am Kapitalismus aktueller Prägung enthält keine Aussage zugunsten anderer Ideologien. Sie ist kein Plädoyer für Staatswirtschaft oder Stalinismus. Sie wendet sich auch nicht verabsolutierend gegen den Kapitalismus oder die Marktwirtschaft. Schon eher dagegen, dass derzeit eine freie Marktwirtschaft ohne rechtliche Begrenzungen unter dem Label „soziale Marktwirtschaft“ verkauft wird.

(11) *Dieter Medicus* hat das Spannungsverhältnis der Modelle klar beschrieben. Wollte man für seine Vorstellung das Bild des Pendels gebrauchen, so taugt der extreme Ausschlag weder in die eine noch die andere Richtung, auch wenn sich eine geschlossene Theorie am leichtesten für die Maximalpunkte finden lässt. Vertragsfreiheit bedeutet, das Recht auszuüben, Verträge frei zu schließen – nicht, dabei frei von Recht zu sein. Das Internet erscheint oft als rechtsfreier Raum. Es wird eine Zeit dauern, bis insbesondere das Privatrecht das Internet durchflutet hat. Anwälten und Richtern steht noch eine Menge Arbeit ins Haus.

(12) Dem liberalen Ideal der Vertragsfreiheit kann man sich nähern, wenn die Möglichkeiten eines Vertragspartners, eine bestehende Übermacht zur Wirkung zu bringen, beschränkt und Manipulationen möglichst ausgeschlossen werden. Die Judikative muss durch geeignete Maßnahmen diese Aufgaben erfüllen, bis der Gesetzgeber das nötige Maß an Unabhängigkeit und seine Handlungsfähigkeit wieder erlangt hat. Dementsprechend kann es in einem ersten Schritt nur um Einzelfallgerechtigkeit gehen, in einem zweiten um die Bildung von

Fallgruppen. Ein einheitlicher theoretischer Ansatz, eine „goldene Formel“, wird aufgrund der unterschiedlichen ideologischen Standpunkte in der Diskussion nicht zu finden sein.

Schon Paracelsius wusste: „Alle Dinge sind Gift, und nichts ist ohne Gift; allein die Dosis machts, daß ein Ding kein Gift sei.“ Das gilt auch und besonders beim Umgang mit Allheilmitteln.

Autorenportraits

Michael Dudek, Rechtsanwalt, Präsident Bayerischer Anwaltverband, Gastdozent des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz

PD Dr. Andreas Edmüller, Privatdozent am Institut für Philosophie, Logik und Wissenschaftstheorie, Ludwig Maximilians Universität München, selbstständiger Trainer und Berater seit 1991

Prof. Dr. Hans Georg Hermann, Professor für Bürgerliches Recht, Deutsche und Bayerische Rechtsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte, Ludwig Maximilians Universität München

Dr. Alexander Kolz, Richter am Landgericht Frankfurt am Main, derzeit Referatsleiter im Hessischen Ministerium der Justiz

Prof. Dr. Thomas Petri, Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, Honorarprofessor an der Hochschule für angewandte Wissenschaften München

Prof. Dr. Frank Saliger, Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie, Ludwig Maximilians Universität München

Prof. Dr. Reinhard Singer, Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Anwaltsrecht, Familienrecht und Rechtssoziologie, Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Wolfgang Stroebe, Professor für Psychologie, Forschungsschwerpunkte: Sozialpsychologie, Gesundheitspsychologie, Trauerforschung, Kreative Prozesse, Brainstorming, Soziale Einstellungen, Wirkungsforschung von Werbung, Vorurteile, Universität Groningen, Ehrenprofessor für Sozialpsychologie an der Universität Utrecht

Medienwissenschaftliche Beratung und Konzeption

Dr. Anna Wiehl, research fellow am Digital Cultures Research Centre der University of the West of England, Bristol und Habilitandin an der Universität Bayreuth

Am Symposium nahmen zusätzlich zu den Referenten folgende Diskussionsteilnehmer teil:

Dr. Jürgen Keltsch, Richter am Bayerischen Obersten Landesgerichts a.D., München

Konrad Kruis, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D., Rechtsanwalt, München