

MERLE FREYE

Gesundheits-Apps

*Studien zum
Medizin- und Gesundheitsrecht
20*

Mohr Siebeck

Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht

herausgegeben von

Steffen Augsberg, Karsten Gaede und Jens Prütting

20



Merle Freye

Gesundheits-Apps

Diktierte Selbstbestimmung

Mohr Siebeck

Merle Freye, geboren 1994; Studium der Rechtswissenschaften in Bremen; 2018 Erstes juristisches Staatsexamen; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Gesundheits- und Medizinrecht der Universität Bremen; 2024 Promotion; Rechtsreferendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht Bremen.
orcid.org/0000-0001-9895-9997

ISBN 978-3-16-163950-0 / eISBN 978-3-16-163951-7
DOI 10.1628/978-3-16-163951-7

ISSN 2699-6855 / eISSN 2699-6863 (Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Satz: Laupp & Göbel, Gomaringen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2023 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Bremen als Dissertationsschrift angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand von Juli 2023.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Benedikt Buchner, der mir nicht nur in zahlreichen Fragen wertvolle Unterstützung gegeben hat, sondern mich auch durch viele Freiheiten und Möglichkeiten am Lehrstuhl gefördert hat.

Herrn Prof. Dr. Sebastian Kolbe danke ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens und die damit verbundenen gewinnbringenden Hinweise.

Ferner möchte ich mich bei dem Leibniz ScienceCampus Digital Public Health Bremen (LSC) für die finanzielle und fachliche Unterstützung bedanken. In diesem Zusammenhang danke ich den Mitgliedern der Early Career Academy (ECRA), die mir ganz neue Perspektiven und Forschungsmethoden gezeigt haben. Besonderer Dank gilt dabei Laura Maaß sowohl für die herausfordernden Debatten als auch für die daraus resultierende Freundschaft.

Meinen Kollegen am Lehrstuhl danke ich für den fachlichen Austausch, insbesondere Dr. Janine Schleper, Matthias Kohn und Dr. Simon Schwichtenberg.

Nicht zuletzt möchte ich bei den vielen Menschen bedanken, die bewusst oder unbewusst ebenfalls zu einem großen Teil zu dieser Arbeit beigetragen haben:

Meine Eltern, Katrin und Michael Freye, waren während der Dissertationszeit (und auch sonst) immer für mich da und haben mich fortwährend unterstützt. Für euren jahrelangen Rückhalt danke ich euch ganz herzlich.

Außerdem danke ich Julius M. Goetsch, Clara Schneidewind, Eva Frank, Sonja Prinz und Nikola Hechtenberg. Ihr habt mich mit eurem intelligenten Humor, eurer Ehrlichkeit und eurem Optimismus stets bereichert und unterstützt. Mit euch liest sich auch die längste Datenschutzerklärung leicht.

Bremen 2025

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
<i>Einleitung</i>	1
A. Diktierte Selbstbestimmung	2
B. Neukonzeption der informationellen Selbstbestimmung	3
<i>Teil 1: Privates Nutzungsverhältnis</i>	5
A. Die Einwilligung im Zentrum des privaten Nutzungsverhältnisses	5
B. Diktierte Selbstbestimmung im privaten Nutzungsverhältnis	32
C. Kontrolldefizit	73
D. Ergebnisse des ersten Teils	82
<i>Teil 2: Gesundheits-Apps in der staatlichen Gesundheitsversorgung</i>	85
A. Einwilligungszentrierte Ausgestaltung in der Gesetzlichen Krankenversicherung	86
B. Einwilligungszentrierte Ausgestaltung von Covid-19-Apps	119
C. Diktierte Selbstbestimmung in der staatlichen Gesundheits- versorgung	122
D. Wirkungsloses Kriterium der Freiwilligkeit	141
E. Kontrolldefizit	145
F. Ergebnisse des zweiten Teils	150
<i>Teil 3: Neukonzeption der Selbstbestimmung</i>	153
A. Wegbereiter Technik?	154
B. Zentrale Rolle der Einwilligung?	164
C. Neue Wege für die informierte Einwilligung	181
D. Kontrollmechanismen	234
E. Ergebnisse des dritten Teils und abschließende Thesen	238

Literaturverzeichnis	241
Datenschutzerklärungen	269
Sachregister	271

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung	1
<i>A. Diktierte Selbstbestimmung</i>	<i>2</i>
<i>B. Neukonzeption der informationellen Selbstbestimmung</i>	<i>3</i>
Teil 1: Privates Nutzungsverhältnis	5
<i>A. Die Einwilligung im Zentrum des privaten Nutzungsverhältnisses</i>	<i>5</i>
I. Verarbeitung von Gesundheitsdaten	6
II. Werbebasierte Geschäftsmodelle	8
1. Einwilligungserfordernis nach der DSGVO	9
2. Einwilligungserfordernis nach dem Telekommunikations- datenschutzrecht	11
a) Anwendbarkeit des § 25 Abs. 1 TTDSG auf Gesundheits-Apps	11
b) Einwilligungserfordernis nach § 25 Abs. 1 TTDSG	14
aa) Werbe-IDs	14
bb) Fingerprinting	15
cc) Beacon-Technologie	17
dd) Zwischenfazit	18
3. Einwilligungserfordernis nach dem UWG	18
a) Wertungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG	19
b) Wertungen des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG	21
c) Zwischenfazit	22
III. Anreize für einwilligungsbasierte Lösungen	22
1. Rechtssicherheit	22
2. Praktikabilität	25
3. Verhalten der Nutzerinnen	30
IV. Zwischenfazit	31

<i>B. Diktierte Selbstbestimmung im privaten Nutzungsverhältnis</i>	32
I. Die Fiktion der Informiertheit	32
1. Informationsumfang einer wirksamen Einwilligung	32
a) Bedeutung der Pflichten des Art. 13 DSGVO	33
b) Information über das Widerrufsrecht als Wirksamkeitsvoraussetzung?	35
c) Mindestinformationen	38
2. Art der verarbeiteten Daten	39
3. Drittanbieterinnen	41
4. Verantwortliche	43
5. Zweck der personenbezogenen Werbung	43
6. Automatisierte Entscheidungen	45
7. Auslandsdatenverarbeitungen	46
8. Widerrufsrecht	48
9. Transparente Information	49
a) Verständliche und leicht zugängliche Form	50
b) Klare und einfache Sprache	52
c) Rechtsprechung zu § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	55
d) Zwischenfazit	56
10. Transparentes Interfacedesign	56
a) „Dark Patterns“	57
b) Keine umfassende Regulierung	60
c) Tendenzieller Konsens: Mehrebenen- und Farbgestaltungen	62
d) Dogmatische Einordnung von Mehrebenen- und Farbgestaltungen	64
e) Zwischenfazit	66
II. Wirkungsloses Kriterium der Freiwilligkeit	66
1. Erforderlichkeit der Datenverarbeitung für die Vertragsleistung	67
2. Alternativlose Monopolstellung	69
3. Angewiesenheit der Nutzerinnen	71
III. Zwischenfazit	72
<i>C. Kontrolldefizit</i>	73
I. Potenzial der App-Stores als Gatekeeper	73
II. Unzureichende Ausübung der Gatekeeper-Funktion in der Realität	74
1. Leere Datenschutzversprechen	74
a) Apple	74
b) Google	77
2. Undurchsichtige Review-Praxis	79
III. Impulse der europäischen Plattformregulierung?	80

1. P2B-VO	80
2. DSA und DMA	81
IV. Zwischenfazit	82
<i>D. Ergebnisse des ersten Teils</i>	82
 Teil 2 : Gesundheits-Apps in der staatlichen Gesundheits- versorgung	85
 <i>A. Einwilligungszentrierte Ausgestaltung in der Gesetzlichen Krankenversicherung</i>	86
I. Einsatzmöglichkeiten von Gesundheits-Apps in der Gesetzlichen Krankenversicherung	86
1. Zulässigkeit KI-basierter Angebote in der Gesetzlichen Krankenversicherung	86
a) Arztvorbehalt, § 15 Abs. 1 S. 1 SGB V	87
b) Symptom-Checker der gesetzlichen Krankenkasse	89
c) Ausblick: Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für KI (KI-VO-E)	90
d) Zwischenfazit	91
2. Ausdrücklich normierte App-basierte Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung	91
a) Digitale Gesundheitsanwendungen, § 33a SGB V	91
b) Verträge nach § 140a SGB V	92
c) Strukturierte Behandlungsprogramme, § 137f SGB V	93
d) Videosprechstunde, § 365 Abs. 1 S. 2 SGB V	94
e) Satzungsleistungen, § 11 Abs. 6 SGB V	95
f) Bonusprogramme, § 65a SGB V	96
aa) Leistungen zur verhaltensbezogenen Prävention, § 20 Abs. 5 SGB V	97
bb) Vergleichbare qualitätsgesicherte Angebote, § 65a Abs. 1 SGB V	98
cc) Zwischenfazit	99
g) Elektronische Patientenakte, § 341 SGB V	99
h) Elektronische Verordnungen, § 360 SGB V	100
i) Vernetzte digitale Anwendungen und Dienste, § 67 Abs. 1 Nr. 3 SGB V	100
3. Leistungen der GKV ohne ausdrücklichen App-Bezug	101
a) Heil- und Hilfsmittel, §§ 32, 33 SGB V	101
b) Modellvorhaben, §§ 63 ff. SGB V	103
c) Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, §§ 135 ff. SGB V	104

aa) NUB im ambulanten Bereich, § 135 SGB V	104
bb) NUB im stationären Bereich, § 137c SGB V	105
d) Ergänzende Leistungen zur Rehabilitation, § 43 Abs. 1 Nr. 1 SGB V	106
4. Zwischenfazit	107
II. Zentrale Rolle der Einwilligung	107
1. Ausdrückliches Einwilligungserfordernis	108
2. Einwilligung in andere App-basierte Leistungen	110
a) Fehlende Geheimhaltungspflicht	111
aa) Verantwortliche App-Herstellerinnen	111
bb) Gematik als Verantwortliche	114
cc) Zwischenfazit	115
b) Fehlende Erforderlichkeit	115
c) Alternative Einwilligung	116
3. Zwischenfazit	118
<i>B. Einwilligungszentrierte Ausgestaltung von Covid-19-Apps</i>	119
I. Covid-19-Apps	119
II. Einwilligung bei Covid-19-Apps	120
1. Funktion „Impf-, Test- und Genesungsnachweis“	120
2. Funktion „Kontaktnachverfolgung“	121
3. Funktion „Datenspende“	121
III. Zwischenfazit	122
<i>C. Diktierte Selbstbestimmung in der staatlichen Gesundheitsversorgung</i>	122
I. Information overload	123
II. Art und Weise der Information	124
III. Unklarheiten der Teilnahmeerklärung	126
IV. Consent fatigue durch Einwilligungskaskaden	127
V. Zweckbegrenzungen, insbesondere Werbung	128
1. Werbeverbot	129
2. Unterlaufen des Werbeverbots	131
3. Zwischenfazit	134
VI. Auslandsdatenverarbeitung	134
1. Europarechtswidrigkeit des § 4 Abs. 3 DiGAV?	135
2. Auslandsdatenverarbeitung weiterer App-basierter Leistungen	137
3. Covid-19-Apps	138
4. Zwischenfazit	139
VII. Anbindung weiterer Gesundheits-Apps	139
VIII. Zwischenfazit	140

<i>D. Wirkungsloses Kriterium der Freiwilligkeit</i>	141
I. Take-it-or-leave-it-Situation	141
II. Ungleichgewicht	143
<i>E. Kontrolldefizit</i>	145
I. Kontrolle datenschutzrechtlicher Anforderungen	145
II. Weitere Zulassungs- und Genehmigungsverfahren	147
III. Bundesbeauftragter für Datenschutz	148
IV. Zwischenfazit	149
<i>F. Ergebnisse des zweiten Teils</i>	150
Teil 3: Neukonzeption der Selbstbestimmung	153
<i>A. Wegbereiter Technik?</i>	154
I. Personal Information Management Systems (PIMS) und Transparency Enhancing Technologies (TETs).	154
II. Rechtsunsicherheit bei PIMS	156
1. Wirksamkeit der Einwilligung?	156
2. Art. 22 DSGVO	159
3. Zweifelhafte Informiertheit	160
4. Zwischenfazit	160
III. Fiktionswirkung abstrakter Darstellungen bei TETs	161
IV. Problem: Konsensfindung	161
V. Ungenügendes Konzept des Selbst Datenschutzes	163
VI. Zwischenfazit	163
<i>B. Zentrale Rolle der Einwilligung?</i>	164
I. Einwilligungsfreie Erlaubnisgründe als Alternative	165
1. Einwilligungsunabhängige Rechtfertigung nach § 284 Abs. 1 SGB V	165
2. Einwilligungsunabhängige Rechtfertigung nach § 22 Abs. 1 lit. b BDSG	167
3. Einwilligungsunabhängige Rechtfertigung für Covid-19-Apps	171
4. Zwischenfazit	172
II. Stellschraube Geheimhaltungspflicht	172
III. Stellschraube Erforderlichkeit	175
IV. Stellschraube Digitale Souveränität	177
V. Zwischenfazit	181

<i>C. Neue Wege für die informierte Einwilligung</i>	181
I. Informationsmedium Datenschutzerklärung	182
1. App-Auswahl und Prüfungsmaßstab	182
2. Zentrales Informationsmedium Datenschutzerklärung	183
3. Überwiegend unterschiedliche Informationen	184
a) Datenverarbeitung zu Werbezwecken	184
b) Verantwortliche	185
c) Empfängerinnen	185
d) Drittländer	186
4. Überwiegend ähnliche Informationen	187
a) Gesundheitsdaten	187
b) Automatisierte Entscheidungsfindung	188
c) Widerruf	188
5. Intransparente Form und Sprache	188
6. Zwischenfazit	192
II. Zeitpunkt der Information	193
1. Statische Information und Einwilligung	193
2. Dynamische Information und Einwilligung	195
3. Kombinierte Modelle	197
4. Zwischen information overload und consent fatigue	199
III. Verdichtung der Informationspflichten	200
1. Verhaltensrelevante Informationspflichten	201
2. Faktorenvialt des Privacy-Verhaltens	205
3. Gesundheitspsychologie als Vorbild für verhaltens- relevante Informationspflichten	206
a) Unvollkommene Abbildung des Verhaltens	208
b) Theorienvialt	212
4. Theorie der Schutzmotivation	212
5. Übertragung auf das Datenschutzrecht	216
a) Bedrohungseinschätzung	218
aa) Wahrgenommene Schwere der Gefahr und wahrgenommene Vulnerabilität	219
bb) Belohnung	223
b) Bewältigungseinschätzung	224
aa) Handlungsergebniserwartung	224
bb) Selbstwirksamkeitserwartung	225
cc) Handlungskosten	226
dd) Verhaltensrelevante Präsentation	226
ee) Personalisierung?	229
c) Konsequenzen	232

<i>D. Kontrollmechanismen</i>	234
I. Staatliche Gesundheitsversorgung	234
II. Privates Nutzungsverhältnis	235
III. Zwischenfazit	237
<i>E. Ergebnisse des dritten Teils und abschließende Thesen</i>	238
Literaturverzeichnis	241
Datenschutzerklärungen	269
Sachregister	271

Einleitung

„Wenn Sie in die Zukunft zoomen und zurückblicken und die Frage stellen: ‚Was war der größte Beitrag von Apple zur Menschheit?‘, dann wird es der Beitrag zur Gesundheit sein.“¹

Ungeachtet der mitschwingenden Megalomanie steckt in dieser Äußerung zumindest eine Wahrheit: Große Tech-Unternehmen sind aus der Gesundheitsbranche nicht mehr wegzudenken. Insbesondere die zunehmende Verbreitung von Gesundheits-Apps trägt maßgeblich zu dieser Entwicklung bei. Auf dem Smartphone oder einem Wearable installiert, werden Gesundheits-Apps stets in Körpernähe getragen, und können das Gesundheitsverhalten ihrer Nutzerinnen² zu jeder Zeit an jedem Ort aufzeichnen und analysieren. Das nahezu unbegrenzte Angebotsspektrum von Gesundheits-Apps macht sie zu einem passenden Begleiter für jede Alters- und Interessengruppe. Dementsprechend werden Gesundheits-Apps in der Gesundheitsförderung, der Primär- und Sekundär- sowie Tertiärprävention eingesetzt und sind in den App-Stores in zahlreichen verschiedenen Kategorien repräsentiert (Gesundheit, Fitness, Wellness, Lifestyle, Essen und Trinken, Medizin).³ Nicht nur das weite Angebotsspektrum fördert die Verbreitung von Gesundheits-Apps, sondern auch die zunehmenden Finanzierungsmöglichkeiten. Während Gesundheits-Apps ursprünglich den zweiten Gesundheitsmarkt dominierten und von den Nutzerinnen selbst finanziert wurden, ist in Deutschland seit 2019 eine Finanzierung von „digitalen Gesundheitsanwendungen“ (DiGA) durch die gesetzlichen Krankenversicherungen möglich⁴ und somit auch der Einsatz von Gesundheits-Apps auf dem ersten Gesundheitsmarkt. Mit dieser zunehmenden Verbreitung auf dem ersten Gesundheitsmarkt bieten Gesundheits-Apps einer

¹ *Mad Money*, Tim Cook: Apple’s greatest contribution will be „about health“, cnbc.com v. 8.1.2019: „I believe, if you zoom out into the future, and you look back, and you ask the question, ‚What was Apple’s greatest contribution to mankind?‘ it will be about health.“

² In dieser Arbeit wird durchgehend das feminine Genus verwendet. Alle anderen rechtlichen und sozialen Geschlechter sind damit miteingeschlossen.

³ *Evers-Wölk et al.*, TAB-Arbeitsbericht Gesundheits-Apps, 2018, S. 23.

⁴ § 33a SGB V.

großen Anzahl von Bürgerinnen einen schnellen und kostengünstigen Zugang zur Gesundheitsversorgung. Doch zu welchem Preis?

A. Diktierte Selbstbestimmung

Gesundheits-Apps sind unweigerlich auf Daten angewiesen und schaffen oftmals ein umfassendes digitales Gesundheitsprofil, das die Nutzerinnen selbst mit sensiblen Daten speisen. Aufgabe des Datenschutzrechts ist es, die Entscheidung der Nutzerinnen über die Preisgabe der Daten so abzusichern, dass sie Ausdruck der informationellen Selbstbestimmung ist. Dies gelingt jedoch zurzeit nicht; vielmehr ist die Nutzung von Gesundheits-Apps mit einer diktierten Selbstbestimmung der Nutzerinnen verknüpft. Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit ist, dass das unvollkommene Konzept der datenschutzrechtlichen Einwilligung⁵ zu dieser Entwertung der Selbstbestimmung führt. Obwohl der Bereich der digitalisierten Gesundheitsversorgung in den letzten Jahren eine enorme legislative Aufmerksamkeit erfahren hat,⁶ hinkt die gesetzliche Absicherung der Einwilligung der Realität in diesem Bereich weit hinterher und die vielfältigen Anwendungsszenarien von Gesundheits-Apps vereint letztendlich der zentrale Konflikt um die Einwilligung:

Bei kaum einem juristischen Konstrukt liegen Anspruch und Wirklichkeit so weit voneinander entfernt wie bei der Einwilligung. In der Theorie, als genuiner Ausdruck der informationellen Selbstbestimmung begriffen,⁷ soll die Einwilligung den Nutzerinnen einer Gesundheits-App die selbstbestimmte Entscheidung über die Verarbeitung ihrer Daten ermöglichen. Doch die Praxis zeichnet ein anderes Bild: Die meisten Nutzerinnen willigen in die Datenverarbeitungen ein, ohne zu wissen, welchen umfangreichen Datenverarbeitungen sie zustimmen. Kaum eine Nutzerin liest die überladenen und komplizierten Datenschutzerklärungen. Zusätzlich drängen manipulative Designmuster

⁵ Im Folgenden ist immer die „datenschutzrechtliche“ Einwilligung gemeint.

⁶ Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen sowie zur Änderung weiterer Gesetze v. 21. Dezember 2015, BGBl. I S. 2408; Gesetz für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation v. 9. Dezember 2019, BGBl. I S. 2562; Gesetz zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastruktur (Patientendaten-Schutz-Gesetz – PDSG) v. 14. Oktober 2020, BGBl. I S. 2115; Gesetz zur digitalen Modernisierung von Versorgung und Pflege (Digitale-Versorgung-und-Pflege-Modernisierungs-Gesetz – DVPMG) v. 3. Juni 2021, BGBl. I S. 1309; Verordnung über das Verfahren und die Anforderungen zur Prüfung der Erstattungsfähigkeit digitaler Gesundheitsanwendungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (Digitale Gesundheitsanwendungen-Verordnung – DiGAV) v. 8. April 2021, BGBl. I S. 768; Erste Verordnung zur Änderung der Digitale Gesundheitsanwendungen-Verordnung v. 22. September 2021, BGBl. I S. 4355.

⁷ *Roßnagel et al.*, Modernisierung des Datenschutzrechts – Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, maroki.de v. September 2001, S. 15.

der Einwilligungsbrowsers („Dark Patterns“ oder „Deceptive Design“ genannt) die Nutzerinnen zur Abgabe einer Einwilligung. Dass die Nutzerinnen in diesen Fällen – wie von der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) gefordert – wirksam einwilligen, muss regelmäßig bezweifelt werden. Auch das Datenschutzrecht tritt diesen Praktiken nicht entgegen, denn noch immer verkörpert das europäische Informationsmodell die Nutzerinnen zu interessierten, gedulden und aufmerksamen Adressatinnen, die in der Realität nicht existieren. Die ambitionierten Anforderungen an eine informierte Einwilligung sind so realitätsfern, dass die Einwilligung ihrem Anspruch nicht gerecht wird und eine Neukonzeption überfällig ist.

B. Neukonzeption der informationellen Selbstbestimmung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist die Neukonzeption der informationellen Selbstbestimmung am Beispiel von Gesundheits-Apps. Dieses Ziel gibt den Aufbau der Arbeit vor: Im Vordergrund steht das Anwendungsbeispiel der Einwilligung bei der Nutzung von Gesundheits-Apps. Der Begriff der Gesundheits-Apps wird im Rahmen dieser Arbeit als Überbegriff verstanden, der sämtliche daneben existierende Begrifflichkeiten in sich vereint:

Gesundheits-Apps sind Softwareprogramme auf mobilen Geräten, die gesundheitsbezogene Daten über oder für ihre Nutzerinnen verarbeiten. Sie können von jeder gesundheitsbewussten Person genutzt werden, um die Gesundheit einer Einzelnen oder der Gemeinschaft zu erhalten, zu verbessern oder zu verwalten. Als Oberbegriff umfassen Gesundheits-Apps auch Medizin-Apps, DiGA und digitale Pflegeanwendungen (DiPA).⁸

Um eine umfassende Neukonzeption zu entwerfen, beleuchtet die Arbeit die rechtlichen Unzulänglichkeiten der Einwilligung in den zwei großen Anwendungsszenarien von Gesundheits-Apps im deutschen Rechtsraum.

Der erste Teil analysiert die datenschutzrechtlichen Ursachen der diktierten Selbstbestimmung im privaten Nutzungsverhältnis. Dieses Verhältnis betrifft den alltäglichen Gebrauch von Gesundheits-Apps, ohne dass eine Krankenkasse die Kosten übernimmt, und erfasst sowohl kostenlose als auch kostenpflichtige Gesundheits-Apps. Die Entwertung der informierten Einwilligung zeigt sich daran, dass die Einwilligung im privaten Nutzungsverhältnis eine zentrale Rolle einnimmt, obwohl die Vorgaben an die Informiertheit der Einwilligung unklar sind und die Grenzen, die das Kriterium der Freiwilligkeit setzt, letztendlich zu hoch angesetzt sind, um einen Steuerungseffekt auf Gesundheits-Apps zu besitzen. Verstärkt wird die diktierte Selbstbestimmung

⁸ Maaß et al., 10 JMIR Mhealth Uhealth (2022) e37980.

dadurch, dass keine Kontrollinstanz vorhanden ist und Gesundheits-Apps somit nahezu ungehindert auf den Markt drängen.

Der zweite Teil verdeutlicht, dass sich ein ähnliches Bild für solche Gesundheits-Apps ergibt, die im Bereich der staatlichen Gesundheitsversorgung angeboten werden. Im Zentrum dieses Nutzungsverhältnisses stehen Angebote, die von den gesetzlichen Krankenkassen finanziert werden und Angebote, die unter Mitwirkung der obersten Bundesbehörde, dem Robert Koch-Institut (RKI), während der Covid-19-Pandemie entwickelt wurden.⁹ Auch in diesem Anwendungsszenario überzeugt das rechtliche Konzept der Einwilligung noch nicht vollständig, allerdings sind mit der Regulierung von DiGA einige Ansätze vorhanden, die den Weg zu einer informationellen Selbstbestimmung ebnen.

Die in Teil 3 entwickelten Lösungen knüpfen an die diktierte Selbstbestimmung an, die in den vorangegangenen Teilen herausgearbeitet wurde. Eine Neukonzeption muss sich die Frage stellen, welchen Einfluss technische Entwicklungen auf die Einwilligung haben können und ob die Einwilligung zwangsläufig eine zentrale Rolle einnehmen muss. Für Konstellationen, in denen die Einwilligung weiterhin alternativlos ist, muss die informierte Einwilligung als solche hinterfragt werden. Die Zementierung des zurzeit herrschenden Informationsmodells ist vor allem angesichts der umfangreichen Forschung zu Verhaltensmodellen und -theorien in anderen Disziplinen schwer zu akzeptieren. Daher möchte die vorliegende Arbeit auch einen Impuls zur Auflösung der Trennung von Rechtswissenschaft und empirischer Wissenschaft setzen¹⁰ und beschreibt, wie eine solche interdisziplinäre Lösung angegangen und ausgeformt werden kann. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang die Stärkung der informierten Einwilligung durch sogenannte verhaltensrelevante Informationspflichten, die unter Berücksichtigung der Theorien der Gesundheitspsychologie entwickelt werden können. Die vorgeschlagene Neukonzeption der Einwilligung kann die informationelle Selbstbestimmung der Nutzerinnen jedoch nur dann stärken, wenn auch gewährleistet ist, dass sie von den Anbieterinnen umgesetzt wird. Somit schließt die Arbeit mit Überlegungen zur Stärkung des Kontrollmoments.

⁹ Nicht behandelt wird somit die Regulierung von Gesundheits-Apps im Rahmen der privaten Krankenversicherung. Auch die Einwilligung im Rahmen von Service-Apps der gesetzlichen Krankenkassen ist nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Gesundheits-Apps aus dem Forschungsbereich werden mit Ausnahme der Corona Datenspende-App des RKI ebenfalls nicht berücksichtigt. Schließlich sind auch solche Angebote ausgeklammert, die ausschließlich von medizinischem Personal im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit verwendet werden.

¹⁰ Für Beispiele einer (ungleichen) Rezeption siehe *Kähler*, in: Rehberg (Hrsg.), *Der Erkenntniswert von Rechtswissenschaft für andere Disziplinen*, 2018, S. 107.

Teil 1

Privates Nutzungsverhältnis

Das private Nutzungsverhältnis betrifft den alltäglichen Gebrauch von Gesundheits-Apps und erfasst sowohl kostenlose als auch kostenpflichtige Angebote. Eine Kostenerstattung durch die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) findet im privaten Nutzungsverhältnis nicht statt. Ausgeklammert sind Gesundheits-Apps, die zu Forschungszwecken eingesetzt werden, sowie Gesundheits-Apps, die von medizinischem Personal im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit verwendet werden. Im so definierten privaten Nutzungsverhältnis sind die Ursachen der diktierten Selbstbestimmung der Nutzerinnen, dass die Einwilligung eine zentrale Rolle einnimmt (A), die Anforderungen an die Einwilligung jedoch unzureichend sind und die informationelle Selbstbestimmung der Nutzerinnen somit nicht ausreichend geschützt ist. Nicht nur die rechtlichen Vorgaben an die Informiertheit der Einwilligung sind unklar und somit unzureichend ausgestaltet (B I), auch die Grenzen, die das Kriterium der Freiwilligkeit setzt, besitzen letztendlich keinen Steuerungseffekt im Hinblick auf Gesundheits-Apps (B II). Verstärkt wird die diktierte Selbstbestimmung durch eine fehlende Kontrollinstanz (C).

A. Die Einwilligung im Zentrum des privaten Nutzungsverhältnisses

Das private Nutzungsverhältnis ist wesentlich davon geprägt, dass Gesundheits-Apps als „Lifestyle Produkte“ genutzt werden und die Nutzerinnen aus medizinischer Sicht nicht auf eine Gesundheits-App angewiesen sind. Diese Eigenschaft von Gesundheits-Apps spiegelt sich auch auf der Ebene der datenschutzrechtlichen Rechtfertigung wider: Die Datenverarbeitungen sind ganz überwiegend nicht von gesetzlichen Erlaubnisgründen gedeckt, sondern werden nahezu ausschließlich über eine Einwilligung der betroffenen Person legitimiert. Die zentrale Rolle der Einwilligung im privaten Nutzungsverhältnis forcieren vor allem drei Faktoren: Innerhalb von Gesundheits-Apps finden mit der Verarbeitung von Gesundheitsdaten typischerweise Datenverarbeitungen statt, die nach der DSGVO eine Einwilligung erfordern (I). Darüber hinaus basiert das Geschäftsmodell werbefinanzierter Gesundheits-App maßgeblich auf einer Einwilligung der Nutzerinnen (II). Neben diesen Fällen, in denen

eine Einwilligung gesetzlich vorgeschrieben ist, wählen App-Anbieterinnen zudem bewusst die Einwilligung als Erlaubnisgrund, da diese gegenüber anderen Erlaubnisgründen entscheidende Vorteile bereithält (III).

I. Verarbeitung von Gesundheitsdaten

Insbesondere die Verarbeitung von Gesundheitsdaten innerhalb von Gesundheits-Apps ist nach den Wertungen der DSGVO stark einwilligungsbasiert ausgestaltet. Während die Erlaubnisgründe für die Verarbeitung von Daten ohne Gesundheitsbezug vor allem in Art. 6 DSGVO normiert sind, richtet sich die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung von Gesundheitsdaten nach Art. 9 DSGVO. Zwar enthält Art. 9 Abs. 2 DSGVO neben der Einwilligung auch willensunabhängige Erlaubnisgründe, allerdings sind die Anforderungen dieser willensunabhängigen gesetzlichen Erlaubnisgründe so hoch, dass die Nutzung einer Gesundheits-App im hier definierten privaten Nutzungsverhältnis diese in der Regel nicht erfüllt. Insbesondere die Alternativen der Gesundheitsversorgung und des Vertrags mit einer Angehörigen eines Gesundheitsberufs (Art. 9 Abs. 2 lit. h DSGVO) sind im privaten Nutzungsverhältnis regelmäßig nicht einschlägig, sondern erlangen allenfalls im Rahmen der staatlichen Gesundheitsversorgung Bedeutung.¹

Neben Art. 9 DSGVO adressieren weitere Normen der DSGVO die Verarbeitung von Gesundheitsdaten und forcieren im jeweiligen Verarbeitungszusammenhang eine Einwilligungslösung. Beispielsweise sind automatisierte Entscheidungen, wenn die Entscheidung auf der Verarbeitung von Gesundheitsdaten beruht, ausschließlich über eine Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO oder aufgrund eines erheblichen öffentlichen Interesses nach Art. 9 Abs. 2 lit. g DSGVO zulässig, Art. 22 Abs. 4 DSGVO. Da ein erhebliches öffentliches Interesse im privaten Nutzungsverhältnis regelmäßig nicht einschlägig ist, kommt es maßgeblich auf die Einwilligung an. Eine automatisierte Entscheidung liegt beispielsweise vor, wenn eine Gesundheits-App ohne Einschaltung einer Medizinerin eine Diagnose- oder Dosierungsempfehlung trifft. Die von Art. 22 Abs. 1 DSGVO geforderte erhebliche Beeinträchtigung in ähnlicher Weise ist für Diagnose- und Dosierungsempfehlungen vor allem deshalb zu bejahen, da die Aussage, ob eine Nutzerin gesund oder krank ist, oder Empfehlungen zur Dosierung von Medikamenten, erhebliche Auswirkungen auf die persönliche Lebensführung nach sich ziehen können.² Somit ist

¹ Siehe dazu Teil 2 A II und Teil 2 B.

² Scholz, in: Simitis et al. (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 23. Ob solche Angebote insbesondere nach dem Maßstab des Arztvorbehalts zulässig sind, ist eine andere Frage; zur Zulässigkeit solcher Entscheidungen am Maßstab des Fernbehandlungsverbots siehe Teil 2 A I 2 d und zum Arztvorbehalt siehe Teil 2 A I 1.

für automatisierte Diagnose- oder Dosierempfehlungen ohne Dazwischentreten einer Medizinerin der Erlaubnisgrund der Einwilligung wesentlich.

Auch bei der Veräußerung eines App-anbietenden Unternehmens führt die Tatsache, dass Gesundheits-Apps die besonders schützenswerten Gesundheitsdaten verarbeiten, zu einem zentralen Einwilligungserfordernis. Die Veräußerung von Fitbit an Google zeigt, dass Unternehmenstransaktionen im Bereich von Gesundheits-Apps nicht bloß eine theoretische Fragestellung darstellen. Zwar kommen unterschiedliche Möglichkeiten in Betracht, um ein Unternehmen zu veräußern – datenschutzrechtlich problematisch ist jedoch vor allem der Vollzug eines Asset Deals.³ Bei einem Asset Deal werden die jeweiligen Vermögensgüter – hier die Kundendaten – des schuldnerischen Unternehmens auf eine andere Rechtsträgerin übertragen.⁴ Diese Übertragung der Assets stellt eine datenschutzrechtlich relevante Übertragung im Sinne von Art. 4 Nr. 2 DSGVO dar und bedarf daher eines Erlaubnisgrundes.⁵ Maßgeblich ist dabei die Unterscheidung zwischen personenbezogenen Daten ohne Gesundheitsbezug und Gesundheitsdaten. Für personenbezogene Daten ohne Gesundheitsbezug ist die Einholung der Einwilligung aller Kundinnen nicht zielführend, da die Anfragen zur Einwilligung in der Praxis nur eine sehr geringe Quote an Rückmeldungen erhalten und die meisten Kundinnen untätig bleiben.⁶ Daher hat sich in der Praxis die sogenannte Widerspruchslösung durchgesetzt, bei der jede betroffene Person über die geplante Übertragung der sie betreffenden Daten informiert und ihr eine ausreichend lange Widerspruchsmöglichkeit eingeräumt wird. Wenn kein Widerspruch erfolgt, ist eine Rechtfertigung über die Interessenabwägung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO möglich.⁷ Allerdings ist eine Widerspruchslösung dann nicht zulässig, wenn es sich um die Übertragung von Gesundheitsdaten handelt, da für diese besonders schutzwürdigen Daten nicht die Interessenabwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO, sondern Art. 9 DSGVO maßgeblich ist. Von den Alternativen des Art. 9 Abs. 2 DSGVO ist lediglich der Erlaubnisgrund der

³ Siehe dazu auch *Haupt/Komanek*, NZG 2022, 344; *Jüchser/Klein*, NZI 2023, 370.

⁴ Statt vieler: *Platzer*, in: *Fridgen/Geiwitz/Göpfert* (Hrsg.), BeckOK Insolvenzrecht, 31. Edition 2023, Spezialthemen Rn. 100.

⁵ *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DSGVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DSGVO Rn. 171c; *Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK)*, Beschluss Asset Deal: Katalog von Fallgruppen, datenschutzkonferenz-online.de v. 24.5.2019; *Haupt/Komanek*, NZG 2022, 344f.; *Klausch/Mentzel*, BB 2020, 1610f.; *Platzer*, in: *Fridgen/Geiwitz/Göpfert* (Hrsg.), BeckOK Insolvenzrecht, 31. Edition 2023, Spezialthemen Rn. 103.

⁶ *Haupt/Komanek*, NZG 2022, 344, 346; *Taeger*, in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.), DSGVO BDSG TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 6 DSGVO Rn. 112.

⁷ *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DSGVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DSGVO Rn. 171d; *DSK*, Beschluss Asset Deal: Katalog von Fallgruppen, datenschutzkonferenz-online.de v. 24.5.2019, S. 2; *Haupt/Komanek*, NZG 2022, 348; *Taeger*, in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.), DSGVO BDSG TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 6 DSGVO Rn. 110.

Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO einschlägig.⁸ Diese Einwilligung muss ausdrücklich erfolgen⁹ und kann nicht in einer konkludenten Erklärung wie dem unterlassenen Widerspruch liegen, sodass die Widerspruchslösung für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten im Rahmen eines Asset Deals ausscheidet und nur die Einwilligung als Alternative bleibt.

Die Einwilligungslösung für Gesundheitsdaten ist für Gesundheits-Apps auch vor allem deswegen elementar, da diese Apps Unmengen von Daten verarbeiten und sich mitunter erst durch diese Kombination der Datenmengen ein Gesundheitsbezug ergibt. Somit kann sich das Einwilligungserfordernis auch auf die Verarbeitung solcher Daten erstrecken, die isoliert für sich betrachtet zunächst keinen Gesundheitsbezug aufweisen. Kürzlich urteilte etwa der EuGH, dass die Veröffentlichung von Daten, die dazu geeignet sind, eine sensible Information indirekt zu offenbaren, unter Art. 9 DSGVO fällt.¹⁰ Der Fall betraf die Veröffentlichung des Vornamens des Partners, aus der Rückschlüsse auf das Geschlecht und die sexuelle Orientierung der betroffenen Person gezogen werden konnten. Im Hinblick auf Gesundheits-Apps kann beispielsweise aus Lebensmitteleinkäufen der Gesundheitszustand der Nutzerinnen hergeleitet werden, wenn die Lebensmitteleinkäufe mit Daten zur Qualität und zum Energiegehalt von Lebensmitteln verknüpft werden.¹¹

Die zentrale Rolle der Einwilligung innerhalb von Gesundheits-Apps des privaten Nutzungsverhältnisses wird somit ganz wesentlich durch die Verarbeitung von Gesundheitsdaten forciert.

II. Werbebasierte Geschäftsmodelle

Darüber hinaus sind werbebasierte Geschäftsmodelle ein ausschlaggebender Faktor für die zentrale Rolle der Einwilligung bei Gesundheits-Apps. Im Rahmen dieser Geschäftsmodelle stellen App-Anbieterinnen Werbeflächen innerhalb der Apps zur Verfügung, in denen Werbung für Drittanbieterinnen geschaltet wird. Da der Erfolg von Werbung dann am höchsten ist, wenn Werbung den Interessen einer beworbenen Person entspricht, haben Drittanbieter-

⁸ DSK, Beschluss Asset Deal: Katalog von Fallgruppen, datenschutzkonferenz-online. de v. 24.5.2019, S. 2; *Haupt/Komanek*, NZG 2022, 344, 348; *Klausch/Mentzel*, BB 2020, 1610, 1612; *Platzer*, in: *Fridgen/Geiwitz/Göpfert* (Hrsg.), BeckOK Insolvenzrecht, 31. Edition 2023, Spezialthemen Rn. 105.

⁹ *Albers/Veit*, in: *Wolff/Brink* (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 43. Edition 2023, Art. 9 DSGVO Rn. 61; *Mester*, in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.), DSGVO BDSG TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 9 DSGVO Rn. 18; *Weichert*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DSGVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 9 DSGVO Rn. 47.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 1.8.2022 – C-184/20, ZD 2022, 611.

¹¹ *Europäischer Datenschutzausschuss (EDSA)*, Leitlinien 8/2020 Version 2.0, S. 39 Rn. 121.

rinnen ein enormes wirtschaftliches Interesse daran, ihre Werbung durch Analysen personenbezogen auszuspielen.¹² Diese Analysen werden durch verschiedene Techniken vorgenommen und sind somit wesentliches Element der Refinanzierung von kostenlosen Gesundheits-Apps. Allerdings sind diese Analysen und die daraufhin geschaltete interessenbasierte Werbung nach der DSGVO, dem Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in vielen Fällen einwilligungsbedürftig und forcieren somit die zentrale Rolle der Einwilligung.

1. Einwilligungserfordernis nach der DSGVO

Das Einwilligungserfordernis für werbebasierte Geschäftsmodelle stützt sich zunächst auf die Wertungen der DSGVO. Zwar kann nach Erwägungsgrund (EG) 47 DSGVO die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der Direktwerbung als ein berechtigtes Interesse betrachtet werden, sodass für die Datenverarbeitung von personenbezogenen Daten ohne Gesundheitsbezug zu Werbezwecken neben der Einwilligung auch eine Rechtfertigung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in Betracht kommt.¹³ Allerdings kann nur in wenigen Fällen ein berechtigtes Interesse der App-Anbieterinnen an der Werbung angenommen werden. So besteht lediglich ein Konsens über die Rechtfertigung sogenannter Bestandskundenwerbung über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO – der Werbung im Rahmen einer längerfristig bestehenden Kundenbeziehung.¹⁴ Hintergrund ist, dass für eine Rechtfertigung über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO nach EG 47 S. 3 DSGVO maßgeblich ist, ob die betroffene Person vernünftigerweise absehen kann, dass möglicherweise eine Verarbeitung zum Zweck der Direktwerbung erfolgen wird. Dementsprechend erwarten Bestandskundinnen Werbung eher als Neukundinnen.¹⁵ Das Bestandskundenprivileg erfasst jedoch nicht solche Datenverarbeitungen innerhalb von Gesundheits-Apps, die Werbung für fremde Produkte ausspielen und differenzierter betrachtet werden müssen. So unterscheidet die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) beispielsweise das

¹² Dazu auch *Arning/Moos*, ZD 2014, 126; *Hacker*, ZfPW 2019, 148, 151 f.; *Lachenmann*, in: *Koreng/Lachenmann* (Hrsg.), *Formularhandbuch Datenschutzrecht*, 3. Aufl. 2021, F I 7.

¹³ Auch Art. 21 Abs. 2 DSGVO verweist lediglich auf ein Widerspruchsrecht der betroffenen Person bei Direktwerbung.

¹⁴ *DSK*, *Orientierungshilfe Direktwerbung*, datenschutzkonferenz-online.de v. 18.2.2022, S. 6, 16; *Ehmann*, in: *Simitis et al.* (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019 Anhang 3 zu Artikel 6 DSGVO Rn. 39 f.; *Schulz*, in: *Gola/Heckmann* (Hrsg.), *DSGVO BDSG*, 3. Aufl. 2022, Art. 6 DSGVO Rn. 78.

¹⁵ *Remmert*, MMR 2018, 507 f.; *Schulz*, in: *Gola/Heckmann* (Hrsg.), *DSGVO BDSG*, 3. Aufl. 2022, Art. 6 DSGVO Rn. 78 f.

nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zulässige „Zusenden von Werbung nach Bestellung ohne Selektion oder nach Selektion ohne zusätzlichen Erkenntnisgewinn (ohne Profiling)“ von der intensiveren und daher nicht durch Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gerechtfertigten „Zusendung von Werbung nach Bestellung und Selektion (Profiling)“.¹⁶ Insbesondere das Erstellen eines Profils unter Verwendung externer Datenquellen für Zwecke der Direktwerbung führt somit in der Regel zu einem Überwiegen der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person und einem Ausschluss des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO.¹⁷

Dass Werbung auf der Basis eines umfangreichen Interessenprofils nicht über die Interessenabwägungsklausel gerechtfertigt werden kann, kommt auch in Art. 22 DSGVO zum Ausdruck, der besondere Anforderungen für automatisierte Entscheidungen enthält. Dementsprechend kann eine automatisierte Entscheidung, die einer betroffenen Person gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt, nur durch drei alternative Erlaubnisgründe gerechtfertigt werden, die nicht auf die Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO verweisen. Vor allem ist eine automatisierte Entscheidung auch mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person zulässig, Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO.¹⁸ Direktwerbung unterfällt zwar nicht grundsätzlich und in jedem Fall dem Merkmal der erheblichen Beeinträchtigung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO; es ist allerdings möglich, dass es im Einzelfall doch zu erheblichen Beeinträchtigungen kommt.¹⁹ Dies nehmen die Art.-29-Datenschutzgruppe und der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) unter anderem bei einem eingreifenden Charakter des Profiling-Prozesses an, wenn beispielsweise Personen über mehrere Webseiten, Geräte oder Dienste verfolgt werden.²⁰ Auch bei eingriffsintensiven Maßnahmen wie auto-

¹⁶ DSK, Orientierungshilfe Direktwerbung, datenschutzkonferenz-online.de v. 18.2.2022, S. 5.

¹⁷ Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DSGVO BDSG, Art. 6 DSGVO Rn. 171b, 177; Schulz, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DSGVO BDSG, 3. Aufl. 2022, Art. 6 DSGVO Rn. 77; Schanzl, in: Simitis et al. (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 DSGVO Rn. 106; Taeger, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO BDSG TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 6 DSGVO Rn. 130ff.; DSK, Orientierungshilfe Direktwerbung, datenschutzkonferenz-online.de v. 18.2.2022, S. 5.

¹⁸ Die beiden weiteren Alternativen der Vertragserfüllung beziehungsweise des Vertragsschlusses und der speziell normierten Zulässigkeit im Unionsrecht oder im Recht eines Mitgliedstaats sind für interessenbasierte Werbung in der Regel nicht einschlägig.

¹⁹ Buchner, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DSGVO, BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 22 DSGVO Rn. 26; Lewinski, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 43. Edition 2023, Art. 22 DSGVO Rn. 41; Martini, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 22 DSGVO Rn. 27b; Scholz, in: Simitis et al. (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 37. Andere Ansicht bei Schulz, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), DSGVO BDSG, 3. Aufl. 2022, Art. 22 DSGVO Rn. 27, der eine erhebliche Beeinträchtigung durch Werbemaßnahmen grundsätzlich ablehnt; Taeger, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO BDSG TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 22 DSGVO Rn. 49.

²⁰ Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 251 rev.01, 2018, S. 24 vom EDSA übernommen mit EDSA, Endorsement 1/2018.