

Herausgeberinnen und Herausgeber: Sascha Borowski, Rechtsanwalt, Düsseldorf; Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer, Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder); Prof. Dr. Tobias Brönneke, Hochschule Pforzheim; Prof. Dr. Dörte Busch, Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin; Prof. Dr. Martin Ebers, Universität Tartu, Estland; RA Prof. Dr. Stefan Ernst, Rechtsanwalt, Freiburg; Prof. Dr. Claire Feldhusen, Universität Rostock; RA Dr. Carsten Föhlisch, Trusted Shops GmbH, Köln; Prof. Dr. Axel Halfmeier, Leuphana Universität Lüneburg; Dr. Günter Hörmann, Rechtsanwalt, Hamburg; Prof. Dr. Wolfhard Kohle, Universität Halle-Wittenberg; Prof. Dr. Ulrich Krüger, Hochschule Bremen; Arne Maier, Rechtsanwalt, Esslingen; Dr. Rainer Metz, Krefeld; Prof. Dr. Peter Rott, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg; Dr. h.c. Wilhelm Schluckebier, Versicherungsombudsman, Berlin; Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, Universität Bayreuth; Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, Humboldt-Universität Berlin; Prof. Dr. Astrid Stadler, Universität Konstanz; Prof. Dr. Marina Tamm, Hochschule Neubrandenburg; Dr. Achim Tiffe, Rechtsanwalt, Hamburg; Prof. Dr. Klaus Tonner, Universität Rostock; Prof. Dr. Franziska Weber, Universität Rotterdam; Helga Zander-Hayat, Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., Düsseldorf

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Peter Rott, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, und RA Arne Maier, Esslingen

EDITORIAL

Datenschutzrecht als Verbraucherschutzrecht*

Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider, Bonn



Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider, Bonn,
© Florian Weichselbaumer

Mit der Möglichkeit, in eine private Nutzung von Daten einwilligen und dadurch die Nachfrage an Daten befriedigen zu können, hat das Datenschutzrecht Datenmärkte entstehen lassen. Die Existenz dieser Datenmärkte mag man begrüßen oder ablehnen (European Data Protection Supervisor, Opinion 2/2017, 14.3.2017, 7 f.), nicht aber kann man sie leugnen. Über den Inhalt eines auf diesen Märkten geschlossenen Ver-

trages entscheidet die Auslegung der Willenserklärungen der vertragsschließenden Parteien, über seine Wirksamkeit das Gesetz. Solange Datenüberlassungsverträge zwischen Betroffenen und Datenverarbeiter (primärer Datenmarkt) und zwischen verschiedenen Datenverarbeitern untereinander (sekundärer Datenmarkt) nicht untersagt werden, muss sich das Datenschutzrecht mit diesen Märkten auseinandersetzen (zu den verschiedenen Märkten vgl. Acquisti et al., Journal of Economic Literature 2016, 442 [473]).

Auf diesen Datenmärkten gilt zunächst einmal – wie auf allen Märkten – Privatautonomie. Allerdings erleben wir im Datenschutzrecht derzeit eine ähnliche Situation wie im klassischen Vertragsrecht des 20. Jahrhunderts: Privatautonomie existiert nur auf dem Papier und es fehlt an Schutzinstrumenten zugunsten anderer Rechte und Interessen, die durch den Datenhandel ebenfalls betroffen sind. Datenschutzrecht kann und muss hier

die Rolle des Verbraucherschutzrechtes auf den entstandenen Datenmärkten einnehmen, es besteht das wirtschaftspolitische Erfordernis der Behebung diverser Marktversagen. Denn auf Datenmärkten existieren, erstens, Informationsasymmetrien, die aus einer Informationsüberlastung der Nutzer resultieren. Ebenfalls aufgrund (zu) umfangreicher Datenschutzerklärung bestehen, zweitens, gesteigerte Transaktionskosten, die die Nichtwahrnehmung von Informationen sogar vernünftig erscheinen lassen (rationale Ignoranz). Hinzu kommen, drittens, Rationalitätsprobleme, denn die langfristigen negativen Auswirkungen einer Datenpreisgabe werden gegenüber ihren kurzfristigen Vorteilen häufig in Kauf genommen, weil die Langfristrisiken, die zB dadurch entstehen, dass Daten mit anderen kombiniert und ausgewertet werden, falsch eingeschätzt oder überhaupt nicht abgeschätzt werden (Kerber/Zolna, Konsumentensouveränität und Datensouveränität aus ökonomischer Sicht, erscheint in: Augsberg/Gehring, Datensouveränität. Positionen zur Debatte). Elementar sind, viertens, aber vor allem negative und positive Informationsexternalitäten sowie die Eigenschaft des gesamtgesellschaftlichen Datenschutzniveaus als öffentliches Gut. Negative Externalitäten liegen vor, wenn in der Nutzenfunktion eines Akteurs außer dessen eigenen Aktionsparametern mindestens eine Variable enthalten ist, die von einem oder mehreren anderen Akteuren kontrolliert wird (Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, 4). Lärm

* Eine ausführliche Fassung erscheint in „Aufklärung und informationelle Menschenrechte in der digitalen Gesellschaft“ – Hrsg. Benedikt Buchner und Thomas Petri, Festschrift für Marie-Theres Tinnefeld.

und Abgase des Automobilverkehrs sind solche Externalitäten, wenn sie zu Erkrankungen von Menschen beispielsweise an Hauptverkehrsstraßen führen. In der Nutzenfunktion dieser Personen (der an der Hauptstraße lebenden Menschen) sind außer deren eigenen Aktionsparametern die Variablen Lärm und Abgas enthalten, die von anderen Verkehrsteilnehmern kontrolliert werden. In Bezug auf personenbezogene Daten lassen sich negative externe Effekte aufgrund ihrer Mehrrelationalität erkennen. Personenbezogene Daten treffen in der Regel Aussagen nicht nur über eine konkrete Person, sondern über mehrere Personen gleichzeitig (so etwa Roßnagel et al., Modernisierung des Datenschutzrechtes, Gutachten im Auftrag des Bundesministers des Inneren, 37 f., abrufbar unter https://www.maroki.de/pub/dphistory/2001_GarskaPfitzmannRosnagel_Modernisierung_des_Datenschutzrechts.pdf). Daten über eine medizinische Behandlung sind zugleich Daten über den Patienten sowie über die Leistung des Arztes (Beispiel nach Kilian CR 2002, 921 [924]; vgl. auch Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung: Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels, 2012). Die Nutzenfunktion des datenschutzrechtlich Betroffenen ist neben seinen eigenen Aktionsparametern durch eine Variable beeinflusst, die von einem oder mehreren anderen Akteuren kontrolliert wird: Denjenigen, die personenbezogene Daten über sich preisgeben und von denen auf andere Betroffene geschlossen wird, und denjenigen, die diese Daten verarbeiten. In der Folge werden mehr Daten preisgegeben als im sozialen Optimum. *Omri Ben Shabar* spricht in diesem Zusammenhang von „Data Pollution“ (Journal of Legal Analysis 11 [2019], 104). Auch adverse Inferenz (Rückschluss von einem nicht-offengelegten Merkmal auf das Nicht-Vorliegen dieses Merkmals, zB auf bestimmte Gesundheitsparameter, über die gegenüber einer Versicherung keine Angaben gemacht werden, vgl. Barocas/Levy, Washington Law Review 2020, 555 [599]) und ähnlichkeitsbasierte Inferenz (Rückschluss von Parametern, die verschiedene Personen von sich preisgeben, auf Personen, die nur einen Teil dieser Parameter preisgegeben haben, vgl. Hacker, Datenprivatrecht, 67 mwN; Patka, Buffalo Law Review 68 [2020], 559 [559 ff.]); zB lässt sich dann, wenn verschiedene Personen ihre sexuelle Orientierung und ihren Kleidungsstil preisgeben, auf die sexuelle Orientierung anderer Personen schließen, die lediglich ihren Kleidungsstil preisgegeben haben) führen zu derart negativen Externalitäten.

Andererseits führen positive externe Effekte in bestimmten Bereichen zu einer gesamtgesellschaftlich nicht optimalen Unternutzung von Daten in spezifischen Sektoren. Solche positiven externen Effekte liegen vor, wenn der Nutzen, der durch die Produktion oder den Konsum eines Gutes entsteht, nicht im Markt-

preis enthalten ist. Das Gut ist damit zu teuer, weil sein Nutzen für Dritte nicht eingepreist wird. Dies führt zu einer Unterproduktion des Gutes oder einer zu teuren Bereitstellung. Wir erleben dies zT im Rahmen der Nutzung von Daten zu Zwecken der medizinischen Forschung im Gemeinwohlinteresse, zB zur Fortentwicklung der Krebsforschung. Der Preis für Forschungsdaten ist unter anderem zu hoch in dem Sinne, als der Aufwand für die Gewährleistung einer zulässigen Nutzung der Forschungsdaten zu groß ist, weil der Grad an Rechtsunsicherheit bei der Inanspruchnahme der Erlaubnistatbestände zu hoch ist.

Entscheidend ist aber vor allem, fünftens, dass das gesamtgesellschaftliche Datenschutzniveau Charaktereigenschaften eines öffentlichen Gutes hat: Weil jeder an ihm kostenlos partizipieren kann, bestehen keine Anreize, zur Erhaltung (zur Produktion) des Gutes beizutragen. Ganz im Gegenteil bestehen Anreize zur verstärkten Datenpreisgabe: Der private Nutzen, den ich für eine Preisgabe der mich betreffenden personenbezogenen Daten erhalte, wie etwa die Nutzung eines Online-Dienstes (Fairfield/Engel, 65[3] Duke Law Journal 2015, 385 [423]). Es handelt sich um ein klassisches Trittbrettfahrerproblem. Der Charakter des Datenschutzniveaus als öffentliches Gut stellt die Marktfähigkeit personenbezogener Daten – und damit das Instrument der Einwilligung – generell in Frage (Acemoglu et al., Too much Data – Prices and Inefficiencies in Data Markets, NBER Working Paper 26296, September 2019, 1 f.).

Erforderlich sind vier kumulative Maßnahmen zur Behebung der bestehenden Marktversagen auf Datenmärkten:

- Erstens muss Informationsasymmetrien, zu hohen Transaktionskosten und Rationalitätsproblemen durch technische Hilfsmittel entgegengewirkt werden, für die ein ermöglichender Rechtsrahmen erforderlich ist. Die Rede ist von Personal Information Management Systems.
- Zweitens erfordern negative Informationsexternalitäten und die Eigenschaft des gesamtgesellschaftlichen Datenschutzniveaus als öffentliches Gut die zwingende Ausgestaltung einer Reihe datenschutzrechtlicher Vorschriften, zB der Betroffenenrechte.
- Drittens bedarf es – ebenfalls zur Behebung negativer Informationsexternalitäten und zur Berücksichtigung des gesamtgesellschaftlichen Datenschutzniveaus als öffentliches Gut – absoluter Verbote besonders gefährlicher Datenverarbeitungen (dies erwägt auch Reinhardt AöR 2017, 528 [558 f.]).
- Spiegelbildlich dazu sind aber viertens, Erlaubnistatbestände für Datenverarbeitungen im Gemeinwohlinteresse unter spezifischen Voraussetzungen (zB der Nutzung einer Datentreuhand) vorzusehen, um die auf Datenmärkten bestehenden positiven Externalitäten angemessen zu berücksichtigen.