

Gordian Konstantin Ebner

Weniger ist Mehr?

Die Informationspflichten der DS-GVO –
Eine kritische Analyse



Nomos

Schriften zum Medien- und Informationsrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur.

Band 65

Gordian Konstantin Ebner

Weniger ist Mehr?

Die Informationspflichten der DS-GVO –
Eine kritische Analyse



Nomos

Veröffentlicht mit finanzieller Unterstützung der Universität Passau.

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

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-7560-0297-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-3687-9 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der juristischen Fakultät der Universität Passau im Sommersemester 2022 als Dissertationsschrift angenommen. Literatur und Rechtsprechung fanden bis April 2022 Berücksichtigung.

Ohne die vom ersten Moment an herausragende Betreuung durch meinen geschätzten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Moritz Hennemann, M.Jur. (Oxon.), wäre es jedoch nie so weit gekommen. Für seine kreativen Ratschläge, seine exzellente wissenschaftliche Förderung (auch weit über das Verfassen der Dissertation hinaus) und sein stets offenes Ohr bin ich ihm zutiefst dankbar. Es ehrt mich sehr, zum Kreise seiner ersten Doktoranden zählen zu dürfen. Großen Dank möchte ich zudem Herrn Professor Dr. Schröder für die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens aussprechen. Darüber hinaus danke ich Herrn Professor Dr. Paal, M.Jur. (Oxon.) für die Aufnahme in die Schriftenreihe zum Medien- und Informationsrecht. Bei der Universität Passau bedanke ich mich sehr herzlich für die großzügige Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

An der Erstellung der Dissertation war jedoch keine Person so hautnah beteiligt wie meine bezaubernde Verlobte, Frau Ass. jur. Angelika Holfinger. Trotz ihres parallel verlaufenden Referendariats stand sie mir vom ersten bis zum letzten Tag des Promotionsprozesses – während aller Höhen und Tiefen – unvergleichlich motivierend, unterstützend und liebevoll zur Seite. Ihr gebührt mein größter, aufrichtiger Dank.

Unbeschreiblich dankbar bin ich schließlich meinen Eltern, Frau Eva Sauter-Ebner und Herrn Dr. Lothar Ebner. Ohne mich jemals unter Druck zu setzen, haben sie mir zeitlebens alles ermöglicht und mich bei jeder Entscheidung, jedem Projekt und jeder Herausforderung aufopferungsvoll unterstützt. Nicht zuletzt deshalb sind sie mir beide in jeglicher Hinsicht stets das größte Vorbild. Ich bin unheimlich stolz, ihnen diese Arbeit widmen zu können.

Passau, im September 2022

Gordian Ebner

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	25
§ 1 Ziel der Untersuchung	27
§ 2 Gang der Untersuchung	28
§ 3 Methode der Untersuchung	30
Kapitel 1 Grundlagen	31
§ 1 Informationen als Grundvoraussetzung menschlicher Entscheidungsfindung	31
A. Menschliche Entscheidungsfindung	32
I. Allgemeine Erklärung menschlichen Verhaltens	32
II. Übertragung der Grundsätze auf die Datenpreisgabeentscheidung	33
1. Personenbezogene Faktoren	34
2. Umweltbezogene Faktoren	35
3. Zwischenergebnis	35
B. Erklärung der Datenpreisgabeentscheidung anhand der Rational-Choice-Theorie	36
I. Rational Choice	37
II. Privacy Calculus	39
C. Privacy Paradox	41
D. Ursachen des Privacy Paradox	42
I. Begrenzte Rationalität	44
II. Informationsasymmetrien und Komplexität moderner Datenverarbeitung	45
III. Kognitive Verzerrungen im Rahmen der Datenpreisgabeentscheidung	49
1. Heuristiken	49
2. Hyperbolische Diskontierung	50
3. Überoptimismus	51
4. Framing-Effekte	52
5. Habituation und kognitive Anker	56
6. Verhalten der Umwelt (Soziale Normen)	58

7. Wirkungen von Datenschutzhinweisen	60
8. Zwischenergebnis	61
IV. Offenbarung der wahren Einstellung gegenüber „dem“ Datenschutz	61
V. Ungenaue Studien	66
VI. Sonstige Gründe	67
VII. Zusammenfassung	68
E. Zwischenergebnis	69
§ 2 Transparenz	71
A. Der Grundsatz der Transparenz (Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO)	72
I. Transparenz hinsichtlich der Modalitäten der Datenverarbeitung	73
1. Anforderungen des Grundsatzes im Einzelnen	73
2. Inhaltlicher Kernbereich des Transparenzgrundsatzes	75
3. Zwischenergebnis	78
II. Transparenz hinsichtlich der Art und Weise der Unterrichtung	78
III. Zusammenfassung und Definitionsversuch	80
B. Methode der Transparenzvermittlung	81
C. Resultate der Transparenzvermittlung	82
I. Folgen für die betroffene Person	82
1. Selbstschutz	83
a) Datensouveränität	84
b) Effektive Wahrnehmung der Betroffenenrechte	84
2. Erteilung der Einwilligung „in informierter Weise“?	85
3. Stärkung der Grundrechte	89
a) Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Schutz personenbezogener Daten	89
b) Rechtsschutzgarantie(n)	91
c) Grundrechtskonformität einschränkender Normen	91
II. Gesamtgesellschaftliche Auswirkungen	92
§ 3 Zusammenfassung der Ergebnisse	93
Kapitel 2 Effektivität der Informationspflichten <i>de lege lata</i>	95
§ 1 Effektivitätsanforderungen des Art. 12 Abs. 1 DS-GVO	95
A. Präzision	96
B. Nachvollziehbarkeit und Verständlichkeit	96

C. Leichte Zugänglichkeit	99
D. Form	100
E. Zwischenergebnis	101
§ 2 Scheitern effektiver Informationsvermittlung	102
§ 3 Ursachen des Scheiterns	104
A. Information Overload	104
B. Komplexität der Formulierungen	108
C. Weitere Gründe	110
§ 4 Folgen des Scheiterns: das Transparency Paradox	111
§ 5 Zusammenfassung	112
 Kapitel 3 Optionen zur Effektivierung der Informationserteilung	 114
§ 1 Visuelle Informationsvermittlung	114
A. Funktionsweise	114
B. Zu erwartende Effekte	117
§ 2 Zertifizierungsverfahren, Siegel und Prüfzeichen	121
A. Funktionsweise	121
B. Zu erwartende Effekte	122
§ 3 One-Pager und Mehrebenen-Ansatz	125
A. Funktionsweise	125
B. Zu erwartende Effekte	126
§ 4 Etikettierung	128
§ 5 Spielerische Elemente	128
A. Funktionsweise	128
B. Zu erwartende Effekte	129
§ 6 Privacy Bots	130
A. Funktionsweise	130
B. Zu erwartende Effekte	131
§ 7 Privacy Nudges	135
A. Funktionsweise	135
B. Zu erwartende Effekte	136
§ 8 Abschließende Bewertung	137

Kapitel 4 Informationspflicht der DS-GVO im Fall der Direkterhebung	141
§ 1 Allgemeines	141
A. Überblick	142
B. Sinn und Zweck der Informationspflicht	142
C. Sachlicher Anwendungsbereich: Direkterhebung	144
D. Persönlicher Anwendungsbereich (Verpflichteter)	147
E. Zeitpunkt der Information	148
F. Art der Zurverfügungstellung, Darstellungsformen und Medienbruch	151
G. Rechtsdurchsetzung, Sanktionen und sonstige Folgen bei Verstößen	154
I. Gerichtliche Durchsetzung der Informationspflicht	154
II. Sanktionen bei Verstößen	156
III. Folgen eines Verstoßes	157
1. Rechtswidrigkeit der Datenerhebung als Folge eines Verstoßes?	157
2. Entstehung eines immateriellen Schadens?	160
3. Qualifikation als Marktschützende Norm im Sinne des § 3a UWG?	161
a) Vorfrage: Abschließende Regelung der DS-GVO über Rechtsbehelfe	162
b) Voraussetzungen des § 3a UWG	164
c) Diskussion	165
H. Abdingbarkeit und Einschränkung	168
I. Verhältnis zu anderen Normen	169
I. Verhältnis zu Art. 14 DS-GVO	169
II. Verhältnis zu § 13 TMG a.F. und den Regelungen des TTDSG	170
§ 2 Informationen nach Art. 13 Abs. 1 DS-GVO	171
A. Name und Kontaktdaten (lit. a)	172
B. Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten (lit. b)	173
C. Zwecke und Rechtsgrundlage der Verarbeitung (lit. c)	174
I. Zwecke der Verarbeitung	174
II. Rechtsgrundlage der Verarbeitung	175
D. Berechtigte Interessen (lit. d)	177
E. Empfänger der Daten (lit. e)	179
F. Übermittlung in Drittstaaten (lit. f)	182

§ 3 Informationen nach Art. 13 Abs. 2 DS-GVO	184
A. Systematisches Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 2	185
I. Generelle Mitteilungspflicht oder risikobasierter Ansatz?	185
II. Anwendungsfälle	190
III. Folgen des risikobasierten Ansatzes	191
B. Speicherdauer (lit. a)	193
C. Rechte der betroffenen Person (lit. b)	194
D. Recht zum Widerruf der Einwilligung (lit. c)	195
E. Beschwerderecht bei einer Aufsichtsbehörde (lit. d)	197
F. Verpflichtung zur Bereitstellung der Daten (lit. e)	198
G. Automatisierte Entscheidungsfindung und Profiling (lit. f)	199
I. Automatisierte Entscheidung und Profiling	200
II. Die Streitfragen im Einzelnen	200
1. Anwendungsbereich	201
2. Information über involvierte Logik oder: Pflicht zur Algorithmenpreisgabe?	202
3. Informationen zu Tragweite und Auswirkungen der Entscheidung	205
H. Nicht erforderliche, unbenannte und freiwillige Informationen	206
§ 4 Informationspflicht bei Zweckänderung (Abs. 3)	208
A. Anwendungsbereich	209
B. Inhalt	209
C. Zeitpunkt der Information bei Zweckänderung	213
§ 5 Ausschluss der Informationspflicht	214
A. Allgemeines	214
B. Bereits vorhandene Informationen (Art. 13 Abs. 4 DS-GVO)	215
C. Informationspflichten bei Videoüberwachung, § 4 Abs. 2 und 4 BDSG	218
D. Ausnahme im Rahmen von Mandatsverhältnissen, § 29 Abs. 2 BDSG	221
E. Ausnahmen nach § 32 Abs. 1 BDSG	223
I. Weiterverarbeitung analog gespeicherter Daten (Abs. 1 Nr. 1)	224
1. Tatbestandsmerkmale	225
2. Europarechtskonformität	228
II. Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen (Abs. 1 Nr. 2)	229

III. Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Abs. 1 Nr. 3)	230
1. Tatbestandsvoraussetzungen	231
2. Europarechtskonformität	233
IV. Schutz rechtlicher Ansprüche (Abs. 1 Nr. 4)	234
1. Tatbestandsvoraussetzungen	234
2. Europarechtskonformität	235
V. Vertrauliche Übermittlung von Daten an öffentliche Stellen (Abs. 1 Nr. 5)	236
VI. Schutzvorkehrungen und Dokumentationspflicht (Abs. 2)	237
1. Geeignete Schutzvorkehrungen (Abs. 2 S. 1)	238
2. Dokumentationspflicht (Abs. 2 S. 2)	239
3. Unionsrechtswidrige Rückausnahmen (Abs. 2 S. 3)	240
VII. Nachholen der Information bei Wegfall des Hindernisses (Abs. 3)	241
F. Ausnahmen bei nicht in den Anwendungsbereich der DS-GVO fallenden Verarbeitungen (§ 85 Abs. 3 BDSG)	243
G. Ausnahme bei Auszeichnung und Ehrungen (§ 86 Abs. 2 BDSG)	245
Kapitel 5 Informationspflicht der DS-GVO im Fall der „Passiverhebung“	248
§ 1 Allgemeines	248
A. Überblick und Telos	248
B. Sachlicher Anwendungsbereich: „Passiverhebung“	249
C. Persönlicher Anwendungsbereich (Verpflichteter)	250
D. Unterschiede zu Art. 13 DS-GVO	251
E. Art der Zurverfügungstellung, Darstellungsformen und Medienbruch	251
F. Rechtsdurchsetzung, Sanktionen und sonstige Folgen bei Verstößen	252
I. Gerichtliche Durchsetzung der Informationspflicht	253
II. Sanktionen bei Verstößen	253
III. Rechtswidrigkeit und immaterieller Schaden als Folgen eines Verstoßes	254
G. Abdingbarkeit und Einschränkung	255
§ 2 Informationen nach Art. 14 Abs. 1 DS-GVO	255
A. Name und Kontaktdaten (lit. a)	256

B. Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten (lit. b)	256
C. Zwecke und Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung (lit. c)	257
D. Kategorien personenbezogener Daten (lit. d)	257
E. Empfänger der Daten (lit. e)	258
F. Übermittlung in Drittstaaten (lit. f)	258
§ 3 Informationen nach Art. 14 Abs. 2 DS-GVO	259
A. Systematisches Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 2	260
B. Speicherdauer (lit. a)	260
C. Berechtigte Interessen (lit. b)	261
D. Rechte der betroffenen Person (lit. c)	261
E. Recht zum Widerruf der Einwilligung (lit. d)	262
F. Beschwerderecht bei einer Aufsichtsbehörde (lit. e)	262
G. Quelle der personenbezogenen Daten (lit. f)	262
H. Automatisierte Entscheidungsfindung und Profiling (lit. g)	266
I. Nicht erforderliche, unbenannte und freiwillige Informationen	266
§ 4 Zeitpunkt der Information (Abs. 3)	267
A. Grundsatzregelung (Abs. 3 lit. a)	268
B. Datenerhebung zur Kommunikation (Abs. 3 lit. b)	269
C. Datenerhebung zur Offenlegung (Abs. 3 lit. c)	270
§ 5 Informationspflicht bei Zweckänderung (Abs. 4)	271
§ 6 Ausschluss der Informationspflicht	272
A. Allgemeines	272
B. Bereits vorhandene Informationen (Art. 14 Abs. 5 lit. a DS-GVO)	273
C. Unmöglichkeit und unverhältnismäßiger Aufwand (Art. 14 Abs. 5 lit. b DS-GVO)	274
I. Unmöglichkeit	275
II. Unverhältnismäßiger Aufwand	277
III. Regelbeispiele des Art. 14 Abs. 5 S. 1 HS. 2 DS-GVO	278
IV. Geeignete Schutzvorkehrungen	279
V. Informationspflicht nach Wegfallen des Hindernisses	280
D. Anderweitige ausdrückliche Regelung (Art. 14 Abs. 5 lit. c DS-GVO)	280
E. Berufsgeheimnis (Art. 14 Abs. 5 lit. d DS-GVO)	283
F. Informationspflichten bei Videoüberwachung, § 4 Abs. 2 und 4 BDSG	285
G. Einschränkung der Informationspflicht nach § 29 Abs. 1 S. 1 BDSG	285

H. Ausnahmen nach § 33 Abs. 1 BDSG	287
I. Ausnahmen für öffentliche Stellen (Abs. 1 Nr. 1)	288
1. Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen (Abs. 1 Nr. 1 lit. a)	289
2. Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Abs. 1 Nr. 1 lit. b)	289
II. Ausnahmen für nicht öffentliche Stellen (Abs. 1 Nr. 2)	289
1. Schutz zivilrechtlicher Ansprüche; Verhütung von Schäden durch Straftaten (Abs. 1 Nr. 2 lit. a)	289
a) Schutz zivilrechtlicher Ansprüche (Abs. 1 Nr. 2 lit. a Alt. 1)	290
b) Verhütung von Schäden durch Straftaten (Abs. 1 Nr. 2 lit. a Alt. 2)	290
2. Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Abs. 1 Nr. 2 lit. b)	292
III. Schutzvorkehrungen und Dokumentationspflicht (Abs. 2)	295
IV. Zustimmungsvorbehalt bestimmter Sicherheitsbehörden (Abs. 3)	296
Kapitel 6 Informationspflichten de lege ferenda	299
§ 1 Rechtsvergleichende Umschau	299
A. Informationspflicht im Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)	300
I. Zusammenfassung	301
II. Bewertung	302
B. Informationspflicht im California Consumer Privacy Act (CCPA)	303
I. Zusammenfassung	303
II. Bewertung	304
C. Informationspflichten im Personal Information Protection Law (PIPL)	305
I. Zusammenfassung	305
II. Bewertung	307
D. Informationspflicht im Data Protection Act (DPA)	308
I. Zusammenfassung	308
II. Bewertung	309
E. Informationspflicht im Datenschutzgesetz (DSG) der Schweiz	310
I. Zusammenfassung	310

II. Bewertung	312
F. Zusammenfassung der Ergebnisse	313
§ 2 Modellvorschlag	314
A. Normtext	314
I. Art. 12 DS-GVO neue Fassung	314
II. Art. 13 DS-GVO neue Fassung	315
III. Art. 14 DS-GVO neue Fassung	316
IV. Art. 15 DS-GVO neue Fassung	317
B. Tragende Erwägungen	318
I. Grundüberlegung	318
II. Art. 12 DS-GVO neue Fassung	320
III. Art. 13 DS-GVO neue Fassung	322
1. Allgemeines	322
2. Mitteilungspflichtige Informationen (Abs. 1)	323
3. Ausnahmeregelungen (Abs. 3)	325
IV. Art. 14 DS-GVO neue Fassung	326
1. Allgemeines	326
2. Mitteilungspflichtige Informationen (Abs. 1 und Abs. 3)	327
3. Zeitpunkt (Abs. 2)	327
4. Ausnahmeregelungen (Abs. 4)	327
V. Art. 15 DS-GVO neue Fassung	328
§ 3 Zusammenfassender Ausblick	329
Kapitel 7 Zusammenfassung der Ergebnisse	330
§ 1 Grundlagen	330
§ 2 Effektivität der Informationspflichten de lege lata	332
§ 3 Optionen zur Effektivierung der Informationserteilung	333
§ 4 Detailfragen der Art. 13 und 14 DS-GVO	334
§ 5 Informationspflichten de lege ferenda	335
§ 6 Fazit und Ausblick	335
Anhang – Normtexte	337
Art. 13 DS-GVO	337
Art. 14 DS-GVO	338
Art. 9 LGPD	341

Inhaltsverzeichnis

Sec. 1798.100 CCPA	342
Art. 17 PIPL	344
Art. 23 PIPL	344
Sec. 29 DPA	345
Art. 19 revDSG	345
Art. 20 revDSG	346
Literatur- und Quellenverzeichnis	349

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
revDSG	Revidiertes Bundesgesetz über den Datenschutz (Schweiz)
BeckRS	beck-online Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
bspw.	beispielsweise
BfDI	Bundesbeauftragte/r für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CCPA	California Consumer Privacy Act

Abkürzungsverzeichnis

CCPRA	California Consumer Privacy Rights Act
CCZ	Corporate-Compliance-Zeitschrift
CR	Computer und Recht
d.h.	das heißt
DPA	Data Protection Act (Kenia)
DB	Der Betrieb
dies./ders.	Dieselbe(n)/derselbe
dt.	deutsch
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Drucks.	Drucksache
DS-GVO	Europäische Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679
DSGVO-E(KOM)	DSGVO in der Entwurfsfassung KOM(2012) 11 endg. – 2012/0011 (COD)
DSGVO-E(PARL)	DSGVO in der Entwurfsfassung 2017/C 378/55
DSGVO-E(RAT)	DSGVO in der Entwurfsfassung – Ratsdokument 9565/15
DSK	Datenschutzkonferenz der unabhängigen deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder
DSRITB	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik – Tagungsband Herbstakademie
DS-RL	Europäische Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG
DStR	Deutsches Steuerrecht
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
ebd.	ebenda
EDPB	European Data Protection Board (Deutsch: EDSA)
EDPL	European Data Protection Law Review
EDSA	Europäischer Datenschutzausschuss (Englisch: EDPB)
entspr.	entsprechend(e/r)
Erg.	Ergebnis
etc.	et cetera
et al.	et alia

EU	Europäische Union
EU-GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2012/C 326/02)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgende
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
gen.	genannt
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	GRUR Internationaler Teil
GRUR-Prax	Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	GRUR-Rechtsprechungs-Report
GRUR-RS	GRUR Rechtsprechung
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
IoT	Internet of Things
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
IDPL	International Data Privacy Law
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
insb.	insbesondere

JI-RL	Europäische Justiz-und-Inneres-Datenschutz-Richtlinie (EU) 2016/680
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
JZ	JuristenZeitung
K&R	Kommunikation & Recht
KOM	Europäische Kommission
krit.	kritisch
LG	Landgericht
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados (Brasilien)
lit.	Litera bzw. Buchstabe
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MMR	Multimedia und Recht
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr./Nr.	Nummer/Nummern
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
PIPL	Personal Information Protection Law (China)
PinG	Privacy in Germany
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDV	Recht der Datenverarbeitung
Rn.	Randnummer
RW	Rechtswissenschaft
s.	siehe
S.	Seite
sog.	sogenannt(e/er)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
teilw.	teilweise

TMG	Telemediengesetz
TTDSG	Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
Urt.	Urteil
v.	von/vom
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes
WP	Working Paper
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZfDR	Zeitschrift für Digitalisierung und Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zit.	zitiert
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht – Rechtssprechungsdiensdt
zust.	zustimmend

Einleitung

Transparenz ist seit jeher *das* Wesensmerkmal des Datenschutzrechts. Bereits im Volkszählungsurteil mahnte das Bundesverfassungsgericht die durch fehlendes Wissen bedingte Erschwerung selbstbestimmter Entscheidungen an. Das ebenda geformte Recht auf informationelle Selbstbestimmung soll eine Gefährdung der Persönlichkeit insbesondere durch die Gewährleistung der notwendigen Transparenz verhindern.¹ Folgerichtig zieht sich das Transparenzprinzip wie ein roter Faden durch moderne Datenschutzregulierungen. Seine aktuell stärkste Ausprägung erfährt das Leitmotiv in der europäischen Datenschutz-Grundverordnung.²

Relevant ist in diesem Kontext keineswegs allein die über Art. 4 Nr. 11 DS-GVO³ zur Rechtmäßigkeitsvoraussetzung⁴ deklarierte Informiertheit der datenschutzrechtlichen Einwilligung. Eine fundamentale Rolle nehmen vor allem die in den Art. 12, 13 und 14 DS-GVO normierten Transparenz- und Informationspflichten ein.⁵ Die Regelungen erfordern unabhängig von der jeweiligen Rechtsgrundlage eine Unterrichtung der von der Verarbeitung betroffenen Person über die (vermeintlich) wichtigsten Modalitäten der (bevorstehenden) Datenverarbeitung. Das Resultat kennt ihr Leser⁶ typischerweise unter Begriffen wie „Datenschutzhinweise“ oder „Datenschutzinformationen“.⁷ Ebenso wie in anderen Rechts-

1 BVerfG, Urteil v. 15.12.1983 – 1 BVR 209/83, NJW 1984, 419, 422.

2 Zu Ausprägungen in anderen Datenschutzgesetzen siehe S. 299 ff.

3 Europäische Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679.

4 *Klabunde*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 6 Rn. 47; Erwägungsgrund 32 S. 1.

5 *Steinrötter*, in: BeckOK IT-Recht, DS-GVO, Art. 13 Rn. 3; *Radtke*, Gemeinsame Verantwortlichkeit unter der DSGVO, S. 77; *Veil*, in: GSSV DS-GVO, Art. 13 und 14 Rn. 12.

6 Allein aufgrund der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden das generische Maskulinum verwendet. Angesprochen werden jedoch stets alle Geschlechter ohne jegliche Differenzierung.

7 Landläufig werden auch Begriffe wie „Datenschutzerklärung“ oder „Datenschutzrichtlinie“ genutzt, die aufgrund des nur einseitig informierenden Charakters der Datenschutzinformationen allerdings irreführend und insofern nicht zutreffend sind, siehe dazu auch KG Berlin, Urteil v. 27.12.2018 – 23 U 196/13, BeckRS 2018, 38941.

gebieten⁸ wurde die Anzahl der mitteilungspflichtigen Informationen auch im europäischen Datenschutzrecht, insbesondere seit Geltung der DS-GVO, deutlich ausgeweitet.⁹ Nicht zuletzt deshalb handelt es sich bei dem den Transparenzpflichten zugrundeliegenden Informationsmodell um einen der am stärksten kritisierten Regelungsansätze der DS-GVO.¹⁰ Eine dahingehende „Besserung“ ist aufgrund immer komplexerer Verarbeitungsmethoden¹¹ sowie eines stetig steigenden Umfangs verarbeiteter Daten¹² auch und gerade über die vernetzten Endgeräte des Internet of Things nicht absehbar. Betroffene Personen werden sich künftig also erst recht mit einer „Flut“ an Informationen auseinandersetzen müssen.¹³ Zudem zeigen zahlreiche Verstöße gerade auf Seiten großer Unternehmen, dass die Einhaltung der Transparenzpflichten Verantwortliche *in praxi* vor erhebliche Herausforderungen stellt. Wegen einer Verletzung der

8 Zuletzt etwa zur Stärkung des Verbraucherschutzes im UWG und der GewO, dazu *Weiden*, NJW 2021, 2233 ff.

9 *Lorenz*, VuR 2019, 213, 213; *Knyrim*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 13 Rn. 2; die (europäische) Tendenz hin zu mehr Information(spflichten) wird jüngst auch am Entwurf des Data Acts deutlich, der in Art. 3 die Erteilung zusätzlicher Informationen, etwa vor dem Kauf Daten-generierender Geräte, vorsieht. Die Hinweise sollen nach Erwägungsgrund 23 des Data Act-Entwurfs ausdrücklich neben die Informationspflichten der DS-GVO treten. Der Entwurf ist abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=COM:2022:68:FIN> (zuletzt aufgerufen am 10.03.2022).

10 Siehe nur *Strassemeyer*, K&R 2020, 176, 182 (Informationsvermittlung „noch immer vollständig nach analogem Muster“); *Bunnenberg*, Privates Datenschutzrecht, S. 107 (eine Mitteilung der Informationen nach den Vorgaben des Art. 12 Abs. 1 DS-GVO erscheint „schon angesichts von Art und Umfang der Pflichtinformationen aus Art. 13-14 DS-GVO fragwürdig.“); *D’Avis/Giesen*, CR 2019, 24, 28 („Mit Wissenschaft, Recherche, Vorzugswissen, Konkurrenz und Persönlichkeitsentfaltung ist die Auskunftspflicht nicht zu vereinbaren“); *Lorenz*, VuR 2019, 213, 213 („Gefahr einer ins Leere gehenden Informationsflut“); *Roßnagel/Geminn*, Datenschutz-Grundverordnung verbessern, S. 62 („Die Informationspflichten wurden [...] an vielen Stellen sehr unscharf umschrieben“); *Tavanti*, RDV 2016, 295, 299 (möglicherweise Beförderung der „information blindness“); *Leucker*, PinG 2015, 195, 198 („In den vielen Informationen [...] gehen die wirklich wichtigen Informationen unter“); auch *Roßnagel*, DuD 2016, 561, 563; *Steinrötter*, in: BeckOK IT-Recht, DS-GVO, Art. 13 Rn. 4; *Franck*, in: Gola, DS-GVO, Art. 13 Rn. 1; generell zur „Utopie der informationellen Selbstbestimmung“ *Veil*, NVwZ 2018, 2018, 686, 686.

11 *Steinrötter*, in: BeckOK IT-Recht, DS-GVO, Art. 12 Rn. 4; *Pollmann/Kipker*, DuD 2016, 378, 378.

12 Vgl. *Seidel/Seidel*, ZD 2020, 609, 610.

13 Kritisch hierzu bereits *Ingold*, Desinformationsrecht, S. 33.

Art. 12-14 DS-GVO wurden beispielsweise *Google*¹⁴ und jüngst auch die *Meta*-Tochter *WhatsApp*¹⁵ mit Geldbußen in zwei- bis dreistelliger Millionenhöhe belegt.

Mit Blick auf die Informationspflichten werfen diese Befunde gerade in dem von der fortschreitenden Digitalisierung geprägten Informationszeitalter mehrere, aufeinander aufbauende Fragen auf: Zunächst ist fraglich, ob es angesichts scheinbar zunehmender Technikkompetenz überhaupt noch einer Datenschutzinformation bedarf. Freilich kann diese Frage nicht ohne Berücksichtigung des übergeordneten Zwecks „der Information“ beantwortet werden. Hält man die Bereitstellung von Datenschutzhinweisen weiterhin für erforderlich, ist zu fragen, ob das Informationsregime der DS-GVO *de lege lata* (noch) zukunftsfähig ist. Hierfür sind nicht nur die materiell-rechtlichen und inhaltlichen Anforderungen der Informationspflichten kritisch zu betrachten. Entscheidend sind in diesem Kontext insbesondere auch rein tatsächliche Fragen, etwa die des Titels „Weniger (Information) ist Mehr?“ oder die nach der Art der Informationsvermittlung sowie der Resonanz bei den Adressaten. Verneint man die Frage der Zukunftsfähigkeit der derzeitigen Ausgestaltung der Art. 13 und 14 DS-GVO, bleibt schließlich noch die nach einer Novellierung der Regelungen *de lege ferenda*. Unter besonderer Berücksichtigung des oben erwähnten Grundsatzes der Transparenz wird sich die Arbeit im Laufe ihrer Untersuchung allen drei Fragen gleichermaßen widmen.

§ 1 Ziel der Untersuchung

Zielsetzung der DS-GVO ist die Gewährleistung eines effektiven Datenschutzes für natürliche Personen.¹⁶ Dieser Zweck soll insbesondere über eine Stärkung der Betroffenenrechte erreicht werden.¹⁷ Im Kontext der Informationspflichten wurde möglicherweise auch durch deren inhaltli-

14 Die französische Datenschutzbehörde verhängte ein Bußgeld i.H.v. 50 Mio. Euro. Die Entscheidung ist abrufbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000038032552/> (zuletzt aufgerufen am 10.03.2022); siehe dazu auch *Wybitul*, ZD 2019, 97, 97 f.; *Gerhold*, EuZW 2020, 849 ff.

15 Die irische Datenschutzbehörde verhängte ein Bußgeld i.H.v. 225 Mio. Euro. Die Entscheidung ist abrufbar unter https://edpb.europa.eu/system/files/2021-09/dpc_final_decision_redacted_for_issue_to_edpb_01-09-21_en.pdf (zuletzt aufgerufen am 10.03.2022).

16 Vgl. Art. 1 Abs. 1 DS-GVO.

17 Vgl. Erwägungsgrund 11.

che Extension versucht, dieser „Stärkung“ Rechnung zu tragen. Paradoerweise war gerade diese Ausweitung häufig Gegenstand harscher Kritik.¹⁸ Vor diesem Hintergrund will die vorliegende Abhandlung ihrem Leser einen vollumfänglichen Überblick über das Regelungssystem der Art. 13 und 14 DS-GVO, ihren verhaltensökonomischen und rechtlichen Hintergründen sowie Perspektiven künftiger Informationserteilung vermitteln.

Hierfür soll zunächst abstrakt die Relevanz von Informationen im Kontext menschlicher Entscheidungsfindung verdeutlicht werden. Neben einer Auswertung der aktuellen empirischen Studienlage zum Umgang mit Datenschutzhinweisen soll insbesondere eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Tatbestandsvoraussetzungen der Informationspflichten deren Funktionsweise erläutern und deren Schwächen aufzeigen. Damit nicht zuletzt intendiertes Ziel ist eine Verbesserung der Rechtsanwendungspraxis seitens der Verantwortlichen. Schließlich soll durch einen Novellierungsvorschlag der Art. 13 und 14 DS-GVO ein Blick in die Zukunft der Informationspflichten gewagt und Regelsetzern ein Anreiz zur Neuregelung der polarisierenden Materie gegeben werden. In ihrer Gesamtheit versucht die Abhandlung darüber hinaus gerade auch dazu beizutragen, das individuelle Bewusstsein des Einzelnen für die Relevanz von Datenschutzhinweisen zu steigern.

§ 2 Gang der Untersuchung

Das erste Kapitel der Untersuchung widmet sich den Grundlagen der Informationspflichten. Ihre Kenntnis soll vor allem ein Bewusstsein für die postulierte Notwendigkeit und die Zwecke der Art. 13 und 14 DS-GVO schaffen. Hierfür werden in einem ersten Teil zunächst die allgemeinen Einflussfaktoren für das Zustandekommen menschlicher Entscheidungen thematisiert. Auf diese Ergebnisse aufbauend befasst sich ein weiterer Teil des Kapitels mit den Grundlagen der Abwägung, personenbezogene Daten an Dritte zu offenbaren, der sog. Datenpreisgabeentscheidung. In diesem speziellen Kontext wird insbesondere die Frage untersucht, warum sich Menschen (im Folgenden auch als *Entscheider* bezeichnet) entgegen (angeblich) bestehender Datenschutzbedenken verhalten und inwiefern sich eine Datenschutzinformation auf die ausgemachten psychologischen Phänomene auswirkt. Die Kenntnis der entsprechenden psychologischen und verhaltensökonomischen Hintergründe verdeutlicht die Relevanz ent-

18 Siehe dazu bereits oben Fn. 10.

scheidungserheblicher Informationen für den Ausgang dieses Abwägungsprozesses. Der hieran anknüpfende Teil des ersten Kapitels setzt sich mit den abstrakten Vorgaben und Bestandteilen des Transparenzgrundsatzes der DS-GVO auseinander, der insbesondere durch die Informationspflichten konkretisiert wird.¹⁹ In diesem Rahmen wird vor allen Dingen auch untersucht, was die Transparenz verarbeitungsrelevanter Umstände bei betroffenen Personen bewirken soll.

Zu Beginn des zweiten Kapitels werden zunächst die einzelnen Transparenzvorgaben des Art. 12 Abs. 1 DS-GVO beleuchtet. Sodann wird anhand von Studien herausgearbeitet, ob und inwieweit die Informationspflichten im Zusammenspiel mit Art. 12 Abs. 1 DS-GVO dem im ersten Kapitel geschilderten Zweck gerecht werden. Der folgende Teil befasst sich mit einer umfassenden Analyse der hierfür relevanten Ursachen.

Unter Berücksichtigung der im zweiten Kapitel festgestellten Gründe für das Scheitern effektiver Informationsvermittlung werden im dritten Kapitel verschiedene Möglichkeiten vorgestellt, mit deren Hilfe eine Verbesserung des Status quo erreicht werden könnte. Nach einer kurzen Erläuterung der Funktionsweise wird jede der Optionen hinsichtlich ihrer rechtlichen Umsetzbarkeit und der (zu erwartenden) Ansprache bei der betroffenen Person untersucht. In einer zusammenfassenden Einschätzung werden sämtliche Möglichkeiten miteinander verglichen und anschließend bewertet.

Das vierte Kapitel widmet sich im Detail den Informationspflichten des Art. 13 DS-GVO. Der Abschnitt befasst sich dabei nicht nur mit einer differenzierten Auseinandersetzung jeder einzelnen Tatbestandsvoraussetzung der Regelung. Gegenstand der Untersuchung ist beispielsweise auch die prozessuale Frage der Rechtsdurchsetzung, das Problem der Informationsbereitstellung mithilfe eines Medienbruchs oder der Informationsverpflichtung im Falle der Videoüberwachung. Thematisiert werden auch die Ausnahmen der Informationspflichten in Art. 13 Abs. 4 DS-GVO, §§ 29 Abs. 2, 32, 85 Abs. 3 sowie 86 Abs. 2 BDSG.

In gleicher Weise thematisiert das fünfte Kapitel die Informationspflichten in Fällen, in denen personenbezogene Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben werden. In diesem Rahmen werden sämtliche Fragen im Kontext des Art. 14 DS-GVO und seiner Ausnahmen, insbesondere der §§ 29 Abs. 1 S. 1, 33 BDSG, diskutiert.

¹⁹ *Schantz*, in: BeckOK DSR, DS-GVO, Art. 5 Rn. 10; *Voigt*, in: Taeger/Gabel, DS-GVO, Art. 5 Rn. 18.

Zu Beginn des sechsten Kapitels werden im Rahmen einer rechtsvergleichenden Umschau fünf Informationspflichten anderer Rechtsordnungen untersucht, bewertet und mit den Regelungen der DS-GVO verglichen. Ebenso wie die Erkenntnisse der Kapitel 1 bis 5 finden auch die Ergebnisse dieses Rechtsvergleichs Eingang in den darauffolgenden Vorschlag einer Novellierung der Art. 13 und 14 DS-GVO. Im Anschluss an die neu formulierten Normen werden die hierfür tragenden Erwägungen dargestellt. Unter Berücksichtigung der besonderen Rolle der Informationspflichten wird schließlich ein Ausblick auf eine künftige globale Datenschutzregulierung gewagt.

Die zentralen (Unter-)Thesen jedes Kapitels werden zum Abschluss der Untersuchung im siebten Kapitel dargestellt.

§ 3 Methode der Untersuchung

Den vorbenannten Untersuchungsgegenständen widmet sich die Arbeit methodisch auf differenzierte Weise. Die Bedeutung von Informationen für die menschliche Entscheidungsfindung, die Zweckmäßigkeit der Informationspflichten und deren Verbesserungsvorschläge werden vor allem anhand einer (verhaltens-)ökonomischen Analyse beurteilt. Die Auseinandersetzung mit den Vorgaben des Transparenzgrundsatzes, den Folgen bewirkter Transparenz sowie mit den Voraussetzungen der Art. 13 und 14 DS-GVO erfolgt im Wege der rechtsdogmatischen Untersuchung. Der im sechsten Kapitel vorgestellte Modellvorschlag basiert maßgeblich auf einer rechtsvergleichenden Auseinandersetzung mit den Informationspflichten fünf verschiedener Rechtsordnungen und denen der DS-GVO.

Kapitel 1 Grundlagen

Weshalb entschied sich der Gesetzgeber überhaupt zur Implementierung von Informationspflichten? Und warum gewinnen sie (nicht nur im Datenschutzrecht) scheinbar stetig an Umfang?²⁰ Eine Antwort auf diese Fragen liefern vor allem die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik. So wird die *ratio* der Informationspflichten insbesondere vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Einflussfaktoren auf die Entscheidung, personenbezogene Daten preiszugeben (sog. Datenpreisgabeentscheidung) nachdrücklich deutlich. Die nachfolgende Analyse der entscheidenden Parameter soll damit einerseits abstrakt die Bedeutung von Informationen im Rahmen der Entscheidungsfindung, vor allem aber ein Verständnis für die Rolle der Informationspflichten vermitteln. Ein besonderes Augenmerk wird außerdem auf das den Informationspflichten zugrundeliegende Schlüsselprinzip der Transparenz²¹ gelegt. Neben den abstrakten Vorgaben des Transparenzgrundsatzes der DS-GVO sollen in diesem Kapitel auch die erwünschten Folgen Transparenz schaffender Informationen untersucht werden.

§ 1 Informationen als Grundvoraussetzung menschlicher Entscheidungsfindung

Sowohl Psychologie als auch Verhaltensökonomik haben es sich unter anderem zur Aufgabe gemacht, menschliches Verhalten zu erklären. Es war damit nur eine Frage der Zeit, bis auch die Erwägungen für die Weitergabe personenbezogener Daten Gegenstand entsprechender Forschung wurden. Betrachtet man die einzelnen Faktoren, die den Ausgang menschlicher Entscheidungen beeinflussen, gelingt ein Rückschluss auf den konzeptionellen Ursprung der Informationspflichten. An dieser Stelle gilt es daher, das abstrakte Verhältnis einer Entscheidung zum hierfür erforderlichen Wissen und der Information der betroffenen Person zu klären. Sollte beispielsweise der Umgang mit personenbezogenen Daten mit dem

20 Knyrim, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 13 Rn. 2; vgl. auch Lorenz, VuR 2019, 213, 213.

21 Dazu Schantz, in: BeckOK DSR, DS-GVO, Art. 5 Rn. 10; Voigt, in: Taeger/Gabel, DS-GVO, Art. 5 Rn. 18.

Wissensstand der entscheidenden Person hinsichtlich der Modalitäten und Risiken einer konkreten Datenverarbeitung zusammenhängen, könnten die auf den Art. 13 und 14 DS-GVO beruhenden Informationen einen signifikanten Einfluss auf das antizipierte Preisgabeverhalten haben.

A. Menschliche Entscheidungsfindung

Um das Verhalten im Rahmen einer Datenpreisgabeentscheidung leichter einordnen zu können, werden zunächst abstrakt die Faktoren untersucht, die menschliches Verhalten generell beeinflussen. Einen entscheidenden Beitrag für die in diesem Kontext relevante sozialwissenschaftliche bzw. psychologische Verhaltensforschung leistete *Kurt Lewin*.²² Die Theorie des bereits 1890 geborenen Psychologen war ursprünglich lediglich zur Vorhersage menschlichen Verhaltens in alltäglichen, analogen Situationen gedacht.²³ Deshalb wird im Anschluss an die zunächst nur abstrakten Erklärungen versucht, die gewonnenen Erkenntnisse auf die Vektoren menschlicher Entscheidungen im Vorfeld der Kommunikation von personenbezogenen Daten zu übertragen.

I. Allgemeine Erklärung menschlichen Verhaltens

Lewin ging davon aus, dass menschliches Verhalten nur durch eine Gesamtbetrachtung sämtlicher zeitgleich²⁴ gegebener Tatsachen erklärt werden kann. Die gegebenen Umstände seien als ein „dynamisches Feld“ aufzufassen, wobei „Dynamik“ im Sinne gegenseitiger Abhängigkeit zu verstehen ist.²⁵ Im Rahmen der „Feldtheorie“ entwickelte der Sozialpsychologe eine Formel zur einfachen Erklärung menschlicher Entscheidungen. Er definierte menschliches Verhalten (*V*) als eine für den ganz konkreten Einzelfall zu bestimmende Funktion (*f*) der entscheidenden Person (*P*) und ihrer Umwelt (*U*)²⁶:

22 Vgl. *Bösch*, Hybride Wissensregime, S. 107.

23 *Dienlin*, in: Specht-Riemenschneider et al., S. 310 Rn. 12.

24 Wobei „Gleichzeitigkeit“ nach *Lewin* u.U. auch die „psychologische Vergangenheit“, die „psychologische Gegenwart“ und die „psychologische Zukunft“ miteinschließen kann; näher dazu *Lewin*, Feldtheorie in den Sozialwissenschaften, S. 71.

25 *Lewin*, Feldtheorie in den Sozialwissenschaften, S. 69.

26 *Lewin*, Feldtheorie in den Sozialwissenschaften, S. 69.

$$V = f(P, U)$$

Bei der handelnden Person und der sie umgebenden Umwelt handelt es sich um voneinander „wechselseitig abhängige Größen“. ²⁷ Das bedingt zum einen, dass sich verschiedene Personen in identischer Umgebung unterschiedlich verhalten. Zum anderen variiert das Verhalten ein und derselben Person in unterschiedlichen Umgebungen. ²⁸ Damit hängt die Genauigkeit der Vorhersage eines bestimmten Verhaltens jedoch stark von der Menge der vorliegenden Informationen beider Variablen ab: Je mehr Details zur handelnden Persönlichkeit und der Umwelt, in der sie sich befindet, vorliegen, desto genauer kann das Verhalten des Menschen prognostiziert werden. Gleichzeitig handelt es sich aber eben auch nur um eine Vorhersage *erwarteten* Verhaltens. ²⁹ Vorhersagen sind indes schon *per definitionem* nicht ausnahmslos belastbar. Vielmehr handelt es sich um eine Berechnung, wie sich eine Person in Zukunft verhalten könnte, mithin also lediglich um eine (möglicherweise fehlerhafte) Schätzung. ³⁰ Das liegt *Dienlin* zufolge vor allem daran, dass die Menge an denkbaren Einflussfaktoren kaum überschaubar, ihr subjektiver Wert nicht bestimmbar, ihre objektive Existenz hingegen erwiesen ist. Ihre Relevanz für das einzelne Verhalten ist damit unterschiedlich hoch. ³¹

II. Übertragung der Grundsätze auf die Datenpreisgabeentscheidung

Die inzwischen rund 80 Jahre alten Überlegungen *Lewins* lassen sich auch heute noch auf die Vorhersage menschlichen Verhaltens anwenden. Die Herangehensweise bietet sich deshalb grundsätzlich auch an, um den Ausgang einer Datenpreisgabeentscheidung zu prognostizieren. Die nach der Lewin'schen Formel für den Ausgang der Abwägung entscheidenden personenbezogenen und umweltbezogenen Faktoren werden im Anschluss kurz identifiziert. Nach einer konkreten Bestimmung können potentielle Bezugspunkte und Auswirkungen der Informationspflichten bestimmt werden.

27 *Lewin*, Feldtheorie in den Sozialwissenschaften, S. 69.

28 *Dienlin*, in: Specht-Riemenschneider et al., S. 310 Rn. 13.

29 *Dienlin*, in: Specht-Riemenschneider et al., S. 310 Rn. 13.

30 *Dienlin*, in: Specht-Riemenschneider et al., S. 310 Rn. 13.

31 *Dienlin*, in: Specht-Riemenschneider et al., S. 311 f. Rn. 15.

1. Personenbezogene Faktoren

Der wohl generell am stärksten zur Datenpreisgabe motivierende persönliche Grund liegt in der Aussicht auf das Erlangen verschiedener Vorteile.³² Gemäß einer 2015 von der EU-Kommission in Auftrag gegebenen Studie wird in diesem Sinne beispielsweise das Erlangen monetärer Vergünstigungen, die Lieferung von Bestellungen oder der Zugang zu Online-Diensten relevant.³³ Umgekehrt kann ebenso das Vermeiden von Nachteilen, etwa das Zahlen eines zu hohen Preises oder sonstiger Opportunitätskosten Menschen zur Preisgabe ihrer Daten bewegen.³⁴ Im Kontext sozialer Medien lockt zusätzlich eine besonders unkomplizierte Möglichkeit der Selbstdarstellung.³⁵ Vor allem Netzwerke wie *Instagram*, *Snapchat* oder *TikTok* werden längst nicht mehr zur bloßen Kommunikation mit neuen oder alten Bekannten genutzt.³⁶ Das Teilen von Aktivitäten, Lebensereignissen, Materiellem oder Gedanken ermöglicht es Menschen, die eigene Identität (neu) zu erschaffen, zu gestalten oder zu prägen und sie insbesondere einer breiten Masse zur Schau zu stellen.³⁷ In der beabsichtigten psychologischen Folge zeigt sich die enge Verbindung zwischen Selbstdarstellung und der Erlangung persönlicher Vorteile besonders eindrucksvoll. Denn die Preisgabe persönlicher Informationen auf sozialen Netzwerken zielt letztlich auf die Erfüllung des uralten menschlichen Wunsches gesellschaftlicher Anerkennung.³⁸

Als Hemmnis einer Datenpreisgabe – und damit ebenfalls als auf das Verhalten einer Person einwirkender Faktor – können dagegen Privatsorgensorgen³⁹ oder die Wahrnehmung von Datenschutzrisiken⁴⁰ auftreten.

32 *Dienlin*, in: Specht-Riemenschneider et al., S. 312 Rn. 16.

33 *Europäische Kommission*, Special Eurobarometer 431 “Data Protection“, 2015, S. 35.

34 *Europäische Kommission*, Special Eurobarometer 431 “Data Protection“, 2015, S. 35.

35 *Grimmelmann*, Iowa Law Review 2009, 1137, 1152.

36 Siehe dazu *Grimmelmann*, Iowa Law Review 2009, 1137, 1154 ff.

37 *Mulligan/King*, Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 2012, 989, 994.

38 *Grimmelmann*, Iowa Law Review 2009, 1137, 1157.

39 *Dienlin/Metzger*, Journal of Computer-Mediated Communication 2016, 368, 373.

40 *Bol et al.*, Journal of Computer-Mediated Communication 2018, 370, 382 f.

2. Umweltbezogene Faktoren

Als umweltspezifischer Entscheidungsparameter tritt insbesondere das Verhalten anderer Personen in einer vergleichbaren Lage in Erscheinung. Menschen neigen dazu, eigene Entscheidungen mit der Gewissheit zu rechtfertigen, dass sich andere Individuen in identischen Situationen ebenso verhalten (würden).⁴¹ *Dienlin* sieht die Ursache dieser Verhaltensimitation jedoch weniger im Verhalten des Umfelds selbst, als in dessen „individuelle[r] psychologische[r] Wahrnehmung“. Entscheidend ist demnach nicht, dass das menschliche Umfeld der entscheidenden Person etwas tatsächlich (nicht) tut, sondern nur, wie das Verhalten dieser Referenzpunkte von ihr wahrgenommen wird.⁴² Derartige Muster zeigen sich täglich – etwa bei der Wahl des Supermarktes. Beispielsweise entscheiden sich Menschen bei mehreren Optionen häufig für den Besuch eines Geschäfts, das augenscheinlich mehr als die Übrigen frequentiert wird. Das liegt daran, dass hohe Besucherzahlen den Eindruck eines besonders guten Preis-Leistungs-Verhältnisses, exklusiver Ware, besseren Services oder ähnlicher Vorteile vermitteln.⁴³ Diese Symptomatik ist auch im Rahmen der Offenbarung personenbezogener Daten, etwa in sozialen Netzwerken, feststellbar. Beobachten etwa Nutzer eines Dienstes, dass Menschen in kongruenten Situationen ihre Daten kommunizieren, erhöht dieser Umstand die Wahrscheinlichkeit, dass auch der Einzelne seine Daten preisgibt.⁴⁴

3. Zwischenergebnis

Menschliches Verhalten lässt sich zwar nicht zweifelsfrei voraussagen, aber, abhängig von den verfügbaren Informationen zu Person und Umwelt, mit unterschiedlich hoher Eintrittswahrscheinlichkeit schätzen und jedenfalls erklären.⁴⁵ Als personenbezogene Faktoren treten insbesondere die erwarteten Vor- und Nachteile einer Weitergabe auf. Wichtigster umweltbezogener Vektor ist die Wahrnehmung des Verhaltens anderer Personen in ähnlichen Situationen. Dieses Empfinden vermögen die Informati-

41 *Acquisti/Brandimarte/Loewenstein*, Science 2015, 509, 511.

42 *Dienlin*, in: Specht-Riemenschneider et al., S. 313 Rn. 18.

43 Beispiel aus *Besmer/Watson/Lipford*, The Impact of Social Navigation on Privacy Policy Configuration, S. 1, die als entscheidenden Indikator der Besucherzahl die Menge an geparkten Autos vor einem Geschäft heranziehen.

44 *Acquisti/Brandimarte/Loewenstein*, Science 2015, 509, 511.

45 *Dienlin*, in: Specht-Riemenschneider et al., S. 310 Rn. 13.

onspflichten zwar nicht zu ändern. Große Relevanz können sie jedoch bei der Antizipation der Nachteile einer Datenpreisgabe entfalten. Die dank ihnen vermittelten Informationen geben Aufschluss über die Datenverarbeitungspraktiken des zu nutzenden Dienstes und erlauben dadurch eine detailliertere Beurteilung des individuellen Datenschutzrisikos. Indem sie ein (stärkeres) Bewusstsein für potenzielle Nachteile schaffen, wirken sich Datenschutzhinweise also auf die personenbezogenen Faktoren, namentlich die antizipierten Nachteile der Datenpreisgabeentscheidung, aus. Das theoretische Resultat ist eine Beeinflussung der Entscheidung in die Richtung eines restriktiveren Umgangs mit den betroffenen Daten. Die Kenntnis entscheidungserheblicher Informationen kann sich damit erheblich auf den Ausgang menschlicher Entscheidungen auswirken.

B. Erklärung der Datenpreisgabeentscheidung anhand der Rational-Choice-Theorie

Teilweise aufbauend auf der Verhaltenstheorie von *Lewin* etablierte sich eine Vielzahl weiterer Handlungstheorien. Bei der bekanntesten, deshalb aber nicht weniger kontrovers diskutierten⁴⁶ dieser moderneren Verhaltenstheorien handelt es sich um die sog. Rational-Choice-Theorie. Es existieren zwar zahlreiche Spielarten, in ihrem Kern findet die Theorie heute aber zur Erklärung menschlichen Verhaltens in sämtlichen Sozialwissenschaften Berücksichtigung.⁴⁷ Die Theorie rationalen Handelns orientiert sich am Verhaltensmodell des *homo oeconomicus*.⁴⁸ Dabei berücksichtigt sie ausschließlich die bereits aus der Lewin'schen „Vorarbeit“ bekannten personenbezogenen Parameter der Vor- und Nachteile einer Entscheidung und wird wohl insbesondere wegen dieser Vereinfachung zur Analyse der Datenpreisgabeentscheidung herangezogen. Im Folgenden soll deshalb zunächst abstrakt die Funktionsweise der Rational-Choice-Theorie und anschließend konkret deren Fortentwicklung zur Vorhersage menschlichen

46 Kritisiert wird v.a. die „theoretische Unvollständigkeit“ sowie das zugrunde gelegte „unrealistische und damit unangemessene Menschenbild“, *Stocké*, Framing und Rationalität, S. 10; siehe für Kritik generell S. 61 ff.

47 *Herfeld*, in: Tutic, Rational Choice, S. 59; für eine detaillierte Darstellung sämtlicher Varianten der Rational-Choice-Theorie siehe *Tutic*, in: Tutic, Rational Choice, S. 89 ff.; für einen (historischen) Überblick siehe *Voss*, in: Tutic, Rational Choice, S. 3 ff.

48 Genauer zum *homo oeconomicus* bei *Towfigh*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, S. 30 ff. Rn. 69 ff.

Verhaltens im Rahmen von Datenpreisgabeentscheidungen vorgestellt werden.

I. Rational Choice

Die Rational-Choice-Theorie besagt, dass Menschen die einem Verhalten zugrundeliegende Entscheidung bei mehreren Möglichkeiten stets nach dem größten zu erwartenden Nutzen treffen.⁴⁹ Der Entscheider wählt also stets die Option, die ihm den größtmöglichen individuellen Vorteil verspricht.⁵⁰ Kurzum: Menschen handeln stets rein rational.⁵¹ Die hier zugrunde gelegte Erwartungsnutzen-Theorie geht davon aus, dass die handelnde Person im Vorfeld einer Entscheidung den Erwartungsnutzen (*EU*) jeder der bestehenden Optionen anhand folgender Gleichung berechnet⁵²:

$$EU = p_1U(x_1) + p_2U(x_2) + \dots p_nU(x_n)$$

Der erwartete Nutzen einer bestimmten Option beläuft sich demnach auf die Summe des Nutzens (*U*) aller mit der Entscheidung verbundener ungewisser Ereignisse (*x*), die jeweils nach der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts (*p*) gewichtet werden.⁵³ Nach erfolgter Reflexion wählt die entscheidende Person schließlich die Option, die ihrer Meinung nach den persönlichen Nutzen bestmöglich maximiert.⁵⁴

Nach modernem Verständnis werden die Vorteile einer Entscheidung dabei nicht nach objektiven Kriterien, sondern aus der subjektiven Sicht des individuellen Entscheiders beurteilt.⁵⁵ Der Involvierte wägt ab, welche der Alternativen *seinen* kurz- oder langfristigen Präferenzen am ehesten gerecht wird.⁵⁶ Das bedeutet *Tutic* zufolge allerdings nicht (zwangsläufig), dass ausschließlich egoistische oder rein materielle Erwägungen Eingang

49 *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 96.

50 *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, S. 33 Rn. 77.

51 *Tutic*, in: *Tutic*, Rational Choice, S. 89.

52 *Englerth/Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, S. 244 Rn. 494.

53 *Englerth/Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, S. 244 Rn. 494 f.

54 *Tutic*, in: *Tutic*, Rational Choice, S. 92; *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, S. 33 Rn. 77.

55 Vgl. *Tutic*, in: *Tutic*, Rational Choice, S. 89.

56 *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 99.