

IRDG

Institut für das Recht
der digitalen Gesellschaft



UNIVERSITY OF PASSAU IRDG RESEARCH PAPER SERIES No. 22-18

DATENREALPOLITIK

Datenökosysteme, Datenrecht, Datendiplomatie

Moritz Hennemann

November 2022



Herausgeber

Institut für das Recht der digitalen Gesellschaft (IRDG), Universität Passau
Innstraße 39, 94032 Passau

<https://www.jura.uni-passau.de/irdg/>

Autor

Prof. Dr. Moritz Hennemann, MJur (Oxon.)

Studium der Rechtswissenschaften in Heidelberg (Erste Juristische Prüfung 2009), Krakau, Freiburg (Promotion 2011) und Oxford (Magister Juris 2011); Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Medien- und Informationsrecht der Universität Freiburg und am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; Juristischer Vorbereitungsdienst der Freien und Hansestadt Hamburg (Zweites juristisches Staatsexamen 2014); Rechtsanwalt bei Hengeler Mueller, Düsseldorf; Akademischer Rat und Habilitand am Institut für Medien- und Informationsrecht der Universität Freiburg (Habilitation 2019); Visiting Researcher an der Harvard Law School; seit 2020 Inhaber des Lehrstuhls für Europäisches und Internationales Informations- und Datenrecht sowie Leiter der Forschungsstelle für Rechtsfragen für Digitalisierung (FREDI) an der Universität Passau.

moritz.hennemann@uni-passau.de

Hinweis

Das Research Paper wird in leicht modifizierter Fassung als Editorial zu Heft 1/2023 der Zeitschrift für Digitalisierung und Recht (ZfDR) erscheinen.

Zitation

Hennemann, M. (2022). Datenrealpolitik – Datenökosysteme, Datenrecht, Datendiplomatie. *University of Passau Institute for Law of the Digital Society Research Paper Series No. 22-18*. Abrufbar unter <https://www.jura.uni-passau.de/irdg/publikationen/research-paper-series/>.

Schlagworte

Datenpolitik, Datenrealpolitik, Datengeopolitik, Datenstrategie, Datendiplomatie, Information Governance, Data Governance, Datenrecht, Datenwirtschaftsrecht, Datenschutrecht, Datenlokalisierung, Datenteilen, Data Sharing, Datennutzung, Datennutzbarkeit, Data Act, Data Governance Act, Datenräume, Data Spaces

Gliederung

- I. Einleitung..... 1
- II. Datengeopolitik 1
- III. *EU Data Spaces* und Datennutzung..... 2
- IV. Nationale Handlungsfelder einer *Datenrealpolitik*..... 2
 - 1. Infrastruktur, Standardisierung und Kompatibilität 3
 - 2. *Sharing Culture* 3
 - 3. Kommunikation von Trade-offs..... 4
 - 4. EU-Recht – Take It As A ‚Fact‘!? 5
 - 5. Handlungsspielräume 5
- V. Datendiplomatie und *Data Free Flow with Trust*..... 7

I. Einleitung

Gesellschaften und Staaten treffen seit jeher Entscheidungen zur *Information Governance*. Die Instrumente der Information Governance sind vielschichtig und reichen von Tabus bis hin zur Definition von Staatsgeheimnissen, von der Gewährung von Schutzrechten bis hin zur Rahmung von Informationsintermediären. Dabei ist Information Governance untrennbar verbunden mit der Kodifizierung von Informationen – von Tafeln und Papyrusrollen bis hin zu Hochleistungsservern und Kommunikationssatelliten. Mit dem technologischen Fortschritt geht typischerweise ein Zuwachs von Auswertungsmöglichkeiten und -prozessen einher, denn Informationen sind stets Grundlage von Abwägungsprozessen und Entscheidungen – auf individueller, kollektiver und staatlicher Ebene. Der Umgang mit kodierten, strukturierten Informationen (Daten) ist somit Teil der ständigen gesellschaftlichen Suche nach Mustern (*Nassehi*).¹

(Fast) alle Menschen und gesellschaftlich relevanten Akteure haben heute die Möglichkeit zu (auch sinnvoller) Datenerzeugung und -analyse. Datenflüsse sind in der datafizierten Gesellschaft Normalität. (Grenzüberschreitende) Datenübermittlungen und -verarbeitungen sind allgegenwärtig und (oftmals) gesellschaftlich gewünschtes Faktum. Damit verbunden sind nicht nur mannigfaltige wohlfahrtssteigernde Effekte und gesamtgesellschaftliche Potenziale, sondern natürlich auch (neue) Risikolagen. Dies gilt für die individuelle wie die kollektive Dimension gleichermaßen. Es besteht deswegen die

Ordnungsaufgabe, in Anerkennung technischer und gesellschaftlicher Realitäten, die verschiedenen Datenökosysteme zu kalibrieren und dadurch unterschiedliche Interessen auszutarieren. Anzustreben ist eine innovationsfördernde und risikoadäquate *Datenrealpolitik*², die es noch weiter auszuformen und zu effektuieren gilt.

II. Datengeopolitik

Eine Berücksichtigung der globalen Dimension von Datenflüssen und Datennutzung ist unabdingbar. Weltweit sehen wir ein Ringen um die ‚richtige‘ Strategie im Umgang mit Daten.³ Eine eigenständige Datengeopolitik bildet sich immer sichtbarer heraus.⁴ So betont etwa auch die Digitalstrategie der Bundesregierung (August 2022): „Deutschland und Europa sind hier besonders gefordert, um im geopolitischen Wettrennen eine menschenzentrierte Digitalpolitik mit europäischen Standards zur Gestaltung der Digitalisierung anzubieten.“⁵

Die Zielsetzung ist in mehrfacher Hinsicht ein (fast) ‚unlösbares‘ Unterfangen mit Blick auf die Tatsache, dass Daten heute in der einen oder anderen Weise für jede gesellschaftlich relevante Frage – bei gleichzeitigen Interdependenzen – Relevanz entfalten können. Gesellschafts-, wirtschafts-, industrie-, umwelt- sowie außen-, sicherheits- und verteidigungspolitische Fragestellungen müssen dabei zusammen betrachtet und zusammenhängend gedacht werden. Unterschiedliche Perspektiven prallen (schon innerhalb derselben Gesellschaft) aufeinander. Zudem führt die Möglichkeit zur Ent- und Rekontextualisierung

¹ Nassehi, Muster – Theorie der digitalen Gesellschaft, 2019.

² Siehe auch Hennemann/Specht, Datenrealpolitik ist gefragt, Tagesspiegel Background KI & Digitalisierung (27.06.2022), <https://background.tagesspiegel.de/digitalisierung/datenrealpolitik-ist-gefragt>.

³ Hierzu Hennemann (Hrsg.), Global Data Strategies, 2023 (erscheint demnächst) sowie Struett/Aaronson, The Global Data Governance Project: 52 case studies, 2021; siehe stellvertretend ferner etwa Erie/Streinzius, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 54 (2021) 1; Liu, Studies in Comparative International Development 54

(2021) 45. Vgl. auch Alison/Klyman/Barbesino/Yen, The Great Tech Rivalry: China vs the U.S., Avoiding Great Power War Project, 2021.

⁴ Siehe Barker, Zeit für neues Denken bei der Daten-Geopolitik, Tagesspiegel Background KI & Digitalisierung (24.10.2022), <https://background.tagesspiegel.de/cybersecurity/zeit-fuer-neues-denken-bei-der-daten-geopolitik>.

⁵ Bundesregierung, Digitalstrategie – Gemeinsam digitale Werte schöpfen (31.08.2022), S. 50, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/digitaler-aufbruch/digitalstrategie-2072884>.

von Daten zur Kopplung unterschiedlicher gesellschaftlicher (Sub-)Systeme. Agrardaten sind ökonomisch wie ökologisch relevant. Geodaten können für Navigationsdienstleistungen ebenso von Bedeutung sein wie für militärische Zwecke. Digitale Produkte (etwa Bilder) können Sicherheitsbehörden dienen. Zudem sind die infrastrukturellen Rahmenbedingungen und damit verbundene (potenzielle) Abhängigkeiten – von weltraumgestützter Kommunikationstechnik bis hin zu Datenformaten und DIN-Standards – stets mitzudenken. Konzepte wie die *Digitale Seidenstraße* unterstreichen diese Dimension. Zurecht wird in diesem Zusammenhang von einem *Beijing Effect* (Erie/Streinz) gesprochen.⁶

Umso dringlicher ist eine *Entscheidung* angezeigt, ob und in welcher Weise mit dem ‚Produktionsfaktor‘ Daten umgegangen wird. Kernfrage der Datengeopolitik ist damit das vielen Politikfeldern vertraute Ausbalancieren von *cooperation*, *competition* und *co-opetition* – hier in Bezug auf Fragen des Datenzugangs, der Datenteilung und der Datenflüsse über Grenzen hinweg.

III. EU Data Spaces und Datennutzung

Es ist auch vor diesem Hintergrund sehr zu begrüßen, dass die EU-Kommission mit ihrer Datenstrategie⁷ ein Denken in Datenökosystemen in den Vordergrund gerückt hat. Richtigerweise setzt die EU-Kommission auf die Etablierung von verschiedenen Datenräumen (*EU Data Spaces*). Im Fokus stehen Realphänomene und Sektoren (etwa die Landwirtschaft oder der Gesundheitsbereich⁸) sowie die damit verbundenen gesellschaftlichen Herausforderungen. Übergeordnetes Ziel sind

Datennutzbarkeit und Datennutzung – und zwar unbeschadet der Frage, ob nicht-personenbezogene oder personenbezogene Daten in Rede stehen. Die Europäische Union unternimmt damit eine bedeutende Akzentverschiebung, die in dem bereits in Kraft getretenen Data Governance Act (DGA) bzw. dem im Entwurf vorliegenden Data Act zum Ausdruck kommt. Damit einher geht auch und gerade der finale Schritt zu einem umfassend zu denkenden *Datenrecht*⁹. So nehmen beide Rechtsakte treffend eine gesamtgesellschaftliche Perspektive ein. Datenwirtschaft, Datenverarbeitung für Gemeinwohlzwecke, Datenaltruismus sowie mehrspurige Datenflüsse zwischen unterschiedlichen Akteuren werden konzeptionell zusammengedacht – bei allen Schwierigkeiten auf der Normebene im Detail.¹⁰

IV. Nationale Handlungsfelder einer Datenrealpolitik

Vor diesem Hintergrund müssen auch die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union entscheiden, in welcher Form sie den hier knapp aufgezeigten Herausforderungen begegnen. Dies gilt auch für Deutschland. Die (damalige) Bundesregierung hat sich im Januar 2021 eine Datenstrategie gegeben. Neben einem konzeptionellen Teil werden mehr als 240 konkrete Maßnahmen benannt, die bislang nur teilweise realisiert wurden.¹¹ Im August diesen Jahres wurde von der aktuellen Bundesregierung als übergeordnetes Rahmendokument eine Digitalstrategie vorgelegt, die unter anderem die Handlungsfelder „Vernetzte und digital souveräne Gesellschaft“ und „Innovative Wirtschaft, Arbeitswelt, Wissenschaft und Forschung“ benennt.¹² Dabei wird auch „ein

⁶ Erie/Streinz, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 54 (2021) 1.

⁷ EU-Kommission, COM(2020) 66 final.

⁸ EU-Kommission, COM(2022) 197 final.

⁹ Wovon wiederum das Datenwirtschaftsrecht ein Teilbereich ist, siehe hierzu Steinrötter, RD 2021, 480; Schröder, Datenwirtschaftsrecht, in: Pache/Knauff, Europäisches Wirtschaftsrecht in Fällen, 3. Aufl. 2022 (erscheint demnächst).

¹⁰ Siehe zum DGA Hennemann/v. Ditfurth, NJW 2022, 1905; zum Entwurf des Data Act Hennemann/Steinrötter, NJW 2022, 1481; Specht, MMR-Beilage 9/2022, 809; Metzger/Schweitzer, ZEuP 2023, erscheint demnächst.

¹¹ Stand: Oktober 2022.

¹² Bundesregierung, Digitalstrategie – Gemeinsam digitale Werte schöpfen (31.08.2022),

moderner Rechtsrahmen für die erfolgreiche Entwicklung der Datenökonomie und die verbesserte Nutzung von Daten durch vernetzte Datenräume in Wissenschaft und Forschung, Wirtschaft, Verwaltung und Gesellschaft“ betont.¹³ Derzeit wird zudem eine neue Datenstrategie erwogen, die allerdings nicht zwingend als Abkehr von der vorherigen gedacht zu sein scheint, sondern vielmehr als Fortentwicklung und / oder Aktualisierung mit Priorisierungsentscheidungen. Unabhängig von einer neuen Strategie zeichnet sich aktuell (Oktober 2022) die Einrichtung des im Koalitionsvertrag¹⁴ verankerten Dateninstituts ab, deren institutionelle Ausgestaltung im Detail noch aussteht.¹⁵ Dabei sollte eine gesamthaft gedachte deutsche Datenpolitik – im Sinne einer *Datenrealpolitik* – die folgenden Handlungsfelder in den Blick nehmen.

1. Infrastruktur, Standardisierung und Kompatibilität

(Niemals endende) Aufgabe einer Datenrealpolitik ist es, die infrastrukturellen Rahmenbedingungen realistisch einzuschätzen und die realen Verhältnisse zu verbessern. Zielführend sind Bestandsaufnahmen, ob und inwieweit bestehende Strukturen ausreichen. Die Begleitung des Gaia X-Projekts steht sicherlich stellvertretend für entsprechende Bemühungen.¹⁶

Strukturen (etwa bei Institutionen / Forschungseinrichtungen) sind soweit wie möglich zu nutzen. Eine vollständige Zentralisierung der Infrastruktur ist weder wünschenswert noch (auf absehbare Zeit) praktikabel. Dezentrale (Treuhand-)Strukturen dürften vielmehr vorzuzugswürdig sein. Die Herstellung von Kompatibilität ist in diesem

<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/digitaler-aufbruch/digitalstrategie-2072884>.

¹³ Bundesregierung, Digitalstrategie – Gemeinsam digitale Werte schöpfen (31.08.2022), S. 3, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/digitaler-aufbruch/digitalstrategie-2072884>.

¹⁴ SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 2021, S. 17.

¹⁵ Siehe BMI, Startschuss für das Dateninstitut, Pressemitteilung v. 14.10.2022,

Zusammenhang oftmals das zentrale Handlungsfeld. An dieser Stelle sollte ebenso die Evaluierung erforderlicher (und nicht erforderlicher!) Standardisierung von Datenformaten ansetzen. Wünschenswert sind zudem hinreichende Schnittstellen und – je nach Einsatzfeld – nutzerfreundliche *one stop*-Zugriffsmöglichkeiten auf Daten(sätze) aus unterschiedlichen Quellen.

2. Sharing Culture

Der datenrechtliche Regulierungsansatz der EU setzt überwiegend (bislang) auf Freiwilligkeit bei der Datenteilung. Die Kommission bevorzugt Regulierungsinstrumente, die auf einer Nutzeraktivierung aufbauen. Es sollen hinreichende Anreize gesetzt bzw. bestehende Hemmschwellen abgebaut werden. Stellvertretend hierfür stehen Zugangsansprüche der einzelnen Nutzer (Art. 4 f. Data Act-Entwurf), die Etablierung des Typus eines Datenvermittlungsdienstes (Art. 10 ff. DGA) oder die Vorgaben zum Datenaltruismus (Art. 16 ff. DGA). Der Erfolg dieses Ansatzes wird sich freilich erst im Praxistest beweisen müssen. Es darf mit Spannung erwartet werden, ob der Umfang der gesetzten Anreize ausreichend ist und das Zusammenspiel der verschiedenen Instrumente (etwa Zugangsansprüche und Datenvermittlungsdienste) funktioniert.¹⁷

Unabdingbare Voraussetzung für reale Veränderungen ist ein gesellschaftlicher Bewusstseinswandel. Idealerweise wird die Option eines freiwilligen, intrinsisch motivierten Datenteilens stets mitgedacht. Dabei stehen sich kommerzielle und nicht-kommerzielle Kontexte aufgrund der Nichtrivalität von Daten

<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2022/10/dateninstitut-startschuss.html>.

¹⁶ Siehe <https://www.data-infrastructure.eu/> sowie Schütrumpf/Person, RD 2022, 281.

¹⁷ Es werden gewichtige, unter anderem auch rechtsökonomische Zweifel geäußert, siehe etwa zum DGA und zum Konzept „Vertrauen durch Regulierung“ etwa Hennemann/v. Ditfurth, NJW 2022, 1905 m. w. N.

gerade nicht diametral gegenüber. Einerseits sollten Datenbestände im Ausgangspunkt zielgerichtet verwertet und monetarisiert werden (können). Wird die Option der Vermarktung von Datenbeständen bereits ausreichend erwogen? Werden die darauf zielenden Instrumente des Data Act-Entwurfs und des DGA ein Umdenken bewirken? Andererseits sollte stets auch ein Datenteilen zu Gemeinwohlzwecken mitgedacht werden.¹⁸ Denken Bürger:innen heute bei der Nutzung einer Navigations-App oder einer Carsharing-App stets auch eine Zurverfügungstellung von Daten an die Mobilitäts- und Verkehrsforschung mit? Ist bereits hinreichend im allgemeinen Bewusstsein verankert, dass die Daten einer Fitness-App der medizinischen Forschung dienen können?¹⁹ Ein entsprechendes *mindset* ist zu kultivieren – und zwar gerade für die Monetarisierung und die Gemeinwohlförderung gleichzeitig. Oder sind die Hürden doch eher technischer Natur? Nutzerfreundliche Schnittstellen sind in diesem Zusammenhang zu fördern. Dabei ist das Vertrauen der Nutzer:innen essentiell. In diesem Kontext sind die Freiwilligkeit des Datenteilens, die gesamtwohlfahrtsfördernden Effekte und bestehende Sicherungsmechanismen Gelingensbedingung und Ausfluss dieses Vertrauens.

3. Kommunikation von Trade-offs

Zu einer nachhaltigen Vertrauensbildung gehört es, auch die real vorhandenen Trade-offs jeglichen datenrechtlichen Zugriffs offen zu kommunizieren – das gilt auf unionaler wie auf nationaler Ebene. Gerade weil im Kontext der Datenregulierung unterschiedlichste Sektoren betroffen sind, ist kein Ziel als Maximalziel zu realisieren. Datenhoheit, Datenqualität, datenbasierte Innovation, Datennutzung, Datenschutz, Datenmärkte, Datenzugang, Datenpartizipation, Datenfluss, Daten-

lokalisierung und Datensicherheit sind jeweils nicht ohne Abstriche zu haben. Wer mehr und bessere Forschungsdaten möchte, muss sich fragen lassen, ob dies mit einer Einwilligung zu konkret definierten Zwecken zu erreichen ist. Wer Personal Information Management Systems (PIMS) ablehnt und auf die informierte Einwilligung im Einzelfall setzt, sollte eine Auseinandersetzung mit verhaltensökonomischen Erkenntnissen nicht scheuen. Wer regulatorische Transaktionskosten hochsetzt, darf sich nicht darüber wundern, dass am Ende größere Unternehmen von einem solchen Ansatz profitieren (können). Wer Datenzugänge des Staates postuliert, muss die ökonomischen Effekte benennen, und wer solche Zugänge ablehnt, die Einbußen für das Gemeinwohl deutlich machen. Wer auch gegenüber liberalen, rechtsstaatlichen Staaten die Hürden für freien Datenfluss (fast) unerreichbar hoch ansetzt, muss sich nicht wundern, wenn die Strahlkraft unionaler Regulierung über die Zeit abnimmt und sich Alternativmodelle herausbilden. Wer die unionale Regulierung im Sinne einer Aufwärtskonvergenz in die Welt tragen möchte, sollte sich mit dem Konzept des *Rechtsimperialismus* und der *Pluriversalität*²⁰ vertraut machen. Wer alles zu Daten mit Personenbezug erklärt, muss sich damit auseinandersetzen, dass dadurch ein Großteil der (zwischenmenschlichen) Interaktion jurifiziert wird.

Weitere externe Effekte, die es zu kommunizieren gilt, – wie etwa die ökologischen Auswirkungen einer zunehmenden Datenverarbeitung – treten hinzu. Die Kontextualität von Daten führt zu einem weitergehenden Komplexitätsgrad. Die Nutzung einer Photo- oder Video-App eines Anbieters aus einem autoritären Staat, bei der Nutzer:innen Content mit Personenbezug hochladen, mag als Beispiel

¹⁸ Siehe in diesem Zusammenhang etwa das Handlungsfeld „Innovative Datennutzung“ des BMFSFJ, <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/smarte-gesellschaftspolitik/ein-offenes-datenoekosystem-etablieren-189814> sowie das „Daten für die Gesellschaft“-Projekt der Bertelsmann Stiftung,

<https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/unsere-projekte/daten-fuer-die-gesellschaft/projektbeschreibung>.

¹⁹ Sicherlich hat zu dieser Bewusstseinsbildung die Corona-Datenspende-App des RKI beigetragen.

²⁰ Hierzu etwa Salaymeh/Michaels, *Decolonial Comparative Law: A Conceptual Beginning*, *RabelsZ* 86 (2022) 166.

dienen. Wer einerseits die freie Entscheidung des Individuums betont, muss auch zu den weiteren (oftmals über das Individuum hinausgehenden) Effekten Stellung beziehen. Sei es, dass die übermittelten Daten (in Kombination mit weiteren) direkte oder indirekte Rückschlüsse auf Dritte zulassen, sei es, dass die übermittelten Daten – mit oder ohne staatliche Hintertür – zu anderen Zwecken genutzt werden (beispielsweise zum „Training“ autonomer Waffensysteme). Wer etwa medizinischen oder klimawandelbezogenen Forschungsverbänden einen Datenaustausch mit universitären Partnern in autoritären Staaten untersagt, muss die damit verbundenen Erkenntnis- und Innovationsverluste erklären und abwägen.

4. EU-Recht – Take It As A ‚Fact‘!?

Bei alledem gilt es einen Faktor besonders offen zu kommunizieren: Das unionale Datenrecht wird auf der Normebene auf absehbare Zeit nicht *from scratch* neu aufgestellt werden. Eine Novellierung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) ist derzeit schlicht unrealistisch. Das „Fass“ möchte anscheinend niemand so schnell wieder aufmachen. Dabei wäre gerade hier ein realistischer, datenrealpolitischer Blick geboten. Umso spannender wird zu beobachten sein, ob künftig die Parameter der DS-GVO „geräuschlos(er)“ verschoben werden. Dies könnte der Fall sein, wenn etwa staatlicherseits die Weiterverwendung personenbezogener Daten gefördert wird, politische Schwung zugunsten des Datenaltruismus herrscht oder der Europäische Gesundheitsdatenraum entsprechend ausgeformt wird²¹. Ebenso ist eine entsprechende Verschiebung möglich durch die Einführung neuer Rechtsgrundlagen zur Verarbeitung personenbezogener Daten (explizit für den DGA allerdings verneinend Art. 1 Abs. 3 S. 4

DGA). Ob und inwieweit etwa der Data Act unter Umständen hier noch eine Lücke zwischen „bleibt unberührt“ und „unbeschadet“ finden wird, bleibt abzuwarten.

Umgekehrt besteht mit den (künftigen) Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschuss (EDSA) zumindest perspektivisch eine gewisse – praktisch äußerst bedeutsame – Chance einer modernen Präzisierung bzw. sachgerechte(re)n Auslegung der DS-GVO. Dabei wird der EDSA auch die aktuellen unionalen Weichenstellungen zu berücksichtigen haben.²² Ebenso treten künftig unter anderem mit dem Europäischen Dateninnovationsrat (Art. 29 f. DGA) weitere Spieler auf die institutionelle datenrechtliche Spielwiese. Aushandlungs- und Abstimmungsprozesse zwischen den beiden Gremien sind nicht nur in bestimmten Bereichen gewünscht (vgl. Art. 25 Abs. 1 sowie ErwGr. 54 DGA), sondern werden an vielen Schnittstellen unvermeidbar sein.²³

5. Handlungsspielräume

Von besonderer Bedeutung aus nationaler Perspektive sind die verbleibenden datenrechtlichen Handlungsspielräume im Kontext personenbezogener wie nicht-personenbezogener Daten sowie auf behördlicher und auf materieller Ebene.

Zunächst haben die Mitgliedsstaaten Spielraum beim „Behördendesign“. Der DGA (Art. 26 f.) wie auch der Entwurf des Data Act (Art. 31 ff.) sehen zwar die Einrichtung behördlicher (Durchsetzungs-)Strukturen vor, überlassen es allerdings den Mitgliedsstaaten (kompetenziell verständlich) die Aufgaben bestehenden oder neu einzurichtenden Behörden zuzuweisen (vgl. Art. 26 Abs. 1 S. 3 DGA). Der Referentenentwurf eines Umsetzungsgesetzes zum DGA ist insofern mit Spannung zu

²¹ EU-Kommission, COM(2022) 197 final.

²² Hierauf haben Kühling/Paal/Schwartzmann (Die Ambivalenz des Datenschutzes, FAZ v. 19.10.2022, [https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/eugh-urteil-die-ambivalenz-des-datenschutzes-es-gibt-auch-noch-andere-](https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/eugh-urteil-die-ambivalenz-des-datenschutzes-es-gibt-auch-noch-andere-schutzbeduerfnisse-18398805.html)

[schutzbeduerfnisse-18398805.html](https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/eugh-urteil-die-ambivalenz-des-datenschutzes-es-gibt-auch-noch-andere-schutzbeduerfnisse-18398805.html)) bereits zutreffend hingewiesen.

²³ Vertreter des EDSA sind zudem Mitglied des Europäischen Dateninnovationsrats, siehe Art. 29 Abs. 1 DGA.

erwarten. ErwGr. 44 S. 1 (und 51 S. 1) DGA haben den Mitgliedsstaaten mit auf den Weg gegeben, dass Behörden „auf der Grundlage ihrer Kapazitäten und ihres Fachwissens in Bezug auf den horizontalen oder sektoralen Datenaustausch ausgewählt werden“ sollen. Sollen die datenrechtlichen Aufsichtsaufgaben in einer Hand gebündelt werden? Soll also etwa der Aufgabenkreis der Datenschutzbehörden entsprechend erweitert werden? Für die altruistische Preisgabe personenbezogener Daten mag das einleuchten, für den Datenaltruismus betreffend nicht-personenbezogene Daten ist eine entsprechende Zuweisung bereits nicht vergleichbar einleuchtend. Die besseren Argumente dürften auch in den weiteren Feldern dagegensprechen – nicht nur aufgrund der Anzahl der dann zuständigen Behörden.²⁴ Der Schwung des Kurswechsels durch die EU-Kommission in Richtung Datennutzung würde so unter Umständen in institutionellen Pfadabhängigkeiten verloren gehen. Zumindest für den Bereich der Datenwirtschaft (Datenvermittlungsdienste bzw. Datenzugang in Bezug auf nicht-personenbezogene Daten) ist eher eine Erweiterung des Aufgabenkreises des Bundeskartellamts zu erwägen. Als „dritte Spur“ bleibt freilich immer auch die Option einer gänzlich neueinzurichtenden Behörde.

Auf materieller Ebene bestehen für die Mitgliedsstaaten in Bezug auf personenbezogene wie nicht-personenbezogene Daten Optionen. Dass zumindest bei jedem Vorhaben mit Datenwirtschaftsbezug eine unionale Zersplitterung droht, ist stets mitzudenken. Die

Handlungsfelder reichen freilich weit darüber hinaus – und der Koalitionsvertrag zeigt hier an vielen Stellen den Willen zum konkreten Tätigwerden.²⁵ Es werden unter anderem die Vorhaben eines Datengesetzes, eines Forschungsdatengesetzes, eines Mobilitätsdatengesetzes und eines Gesundheitsdatennutzungsgesetzes aufgezeigt (Sektoren, deren sich allerdings auch und gerade die Europäische Union im Kontext des Data Acts bzw. mittels der verschiedenen *EU Data Spaces* annimmt).²⁶ Dass dabei zumindest konstant in Ökosystemen gedacht wird, unterstreichen beispielsweise auch die Ausführungen zur Datennutzung in der und für die Landwirtschaft.²⁷ Ebenso kann die geplante Weiterentwicklung der Informationsfreiheitsgesetze zu einem Transparenzgesetz und der vorgesehene Rechtsanspruch auf Open Data als datenpolitischer Impuls zu mehr Datenzugang und -nutzung angesehen werden. Ob all diese Vorhaben aufeinander abgestimmt sein werden, ist zu hoffen, bleibt aber abzuwarten.

In vielen Feldern werden Datenzugangsansprüche in Rede stehen. Die jüngste Digitalstrategie betont „ein umfassendes und offenes Datenökosystem als Baustein eines starken europäischen Daten-Binnenmarktes“, die Weiterentwicklung der „wettbewerbsrechtlichen Regelungen zu Datenzugang, Datenportabilität und Interoperabilität“ und „Datenzugangsrechte für die Forschung“.²⁸ Bedeutsame Weichenstellung ist und bleibt freilich, ob und inwieweit unionale Vorhaben wie der Data Act hier noch Raum für nationale Zugriffe lassen. ErwGr. 25 Data Act-Entwurf

²⁴ Die Datenschutzbehörden sollen in jedem Fall in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Kontext des Data Act zuständig bleiben (Art. 31 Abs. 2 lit. a Data Act-Entwurf).

²⁵ Insbesondere zu „Nutzung von Daten und Datenrecht“ SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 2021, S. 17.

²⁶ SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 2021, S. 17, 21, 52, 83.

²⁷ SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 2021, S. 47.

²⁸ Bundesregierung, Digitalstrategie – Gemeinsam digitale Werte schöpfen (31.08.2022), S. 29 ff., <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/digitalear-aufbruch/digitalstrategie-2072884>; siehe aber auch ebd., S. 25: „Wir beobachten den Datenmarkt und werden regulatorisch tätig, wo es zur Gewährleistung einer für Verbraucherinnen und fairen datenbasierenden Ökonomie nötig ist und behalten im Blick, dass die Datenwirtschaft dem Gemeinwohl dienen muss.“

lässt insoweit aufhorchen, wenngleich hier (wohl nur) Sektoren mit hohem Konzentrationsgrad im Fokus stehen: „Sektorspezifische Rechtsvorschriften können vorgeschlagen werden, um sektorspezifischen Bedürfnissen und Zielen Rechnung zu tragen.“

Ebenso lässt der Entwurf des Data Act in einem weiteren besonders bedeutsamen Regulierungsfeld Raum für eine mitgliedstaatliche Entfaltung. Ausgeklammert werden im Entwurf AGB-rechtliche Vorgaben im Verhältnis Unternehmer:innen-Verbraucher:innen, die den Besonderheiten des Datenzugangs und des Daten(nutzungs)vertrags Rechnung tragen. ErwGr. 26 Data Act-Entwurf verweist an dieser Stelle nur auf die allgemeinen Regeln. Diese „Lücke“ birgt ein erhebliches Potenzial auf mitgliedstaatlicher Ebene. Gerade weil sich das AGB-Recht typischerweise als funktional und schlagkräftig erwiesen hat, sollte ein Datenvertrags-AGB-Recht zugunsten von Verbraucher:innen in den Blick genommen werden. Ziel wäre es, in Bezug auf Datenverträge die Grenzen einer unangemessenen Benachteiligung zu präzisieren – und dadurch auch mehr Handlungssicherheit auf allen Seiten zu erzeugen. Hierdurch könnte nicht nur weiteres Vertrauen auf Verbraucherseite aufgebaut werden, sondern auch eine zielführende Debatte über zulässige und unzulässige Monetarisierungen von personenbezogenen und nicht-personenbezogenen Daten geführt werden.

V. Datendiplomatie und *Data Free Flow with Trust*

Schließlich ist ein letzter und wichtiger Treiber der Datenrealpolitik die Datendiplomatie, die

sich erst in den letzten Jahren herausbildet hat. Das EU-US Data Privacy Framework sowie der EU-US Trade and Technology Council seien hier nur stellvertretend genannt. Parallele Prozesse sind nicht aus dem Blick verlieren – beispielhaft sei auf das von sieben APEC-Mitgliedern, unter anderem Kanada, Japan und den USA, etablierte Global Cross-Border Privacy Rules (CBPR) Forum verwiesen.²⁹ Vor diesem Hintergrund erscheint es besonders wichtig, dass die G7-Digitalminister in diesem Jahr das Leitprinzip des „Promoting Data Free Flow with Trust“ ausgerufen haben.³⁰ Besonders hingewiesen wird auf die Förderung von Interoperabilität, Abstimmung in regulatorischen Fragen (unter anderem zu Privacy-Enhancing Technologies (PETs) und zu Datenintermediären sowie zur Förderung der „interoperability of data protection frameworks“), zu *digital trade* im Welthandelsrecht³¹ sowie zur Perspektive von *international data spaces* (mit dem Hinweis auf ein „enabling policy environment“ und die Potenziale für Forschung, Industrie und den öffentlichen Sektor). Es dürfte klar sein, dass diese Zielsetzungen nicht gleich sämtliche Friktionen – unter anderem auch im transatlantischen Datenverkehr – beseitigen werden. Nicht nur die aktuelle weltpolitische Lage unterstreicht allerdings das Erfordernis, geopolitische Dimensionen mitzudenken. Das Zusammenrücken der liberalen Welt könnte sich vor diesem Hintergrund auch als ein Treiber der internationalen Datenpolitik³² erweisen. Ob das EU-US Data Privacy Framework nur „ein weiteres Nebenprodukt der transatlantischen Einigkeit im Kontext des russischen Angriffskriegs auf die Ukraine“³³ ist, wird sich zeigen.

²⁹ <https://www.commerce.gov/global-cross-border-privacy-rules-declaration>.

³⁰ G7 Digital Ministers' Track – Annex 1: G7 Action Plan for Promoting Data Free Flow with Trust (11.05.2022), <https://www.bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/K/g7-praesidentschaft-final-declaration-annex-1.html>.

³¹ Siehe Joint Statement Initiative on E-Commerce, https://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/joint_statement_e.htm.

³² Siehe zur internationalen Datenpolitik auch Bundesregierung, Digitalstrategie – Gemeinsam digitale Werte schöpfen (31.08.2022), S. 10 f., <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/digitaler-aufbruch/digitalstrategie-2072884>.

³³ So Barker, Zeit für neues Denken bei der Daten-Geopolitik, Tagesspiegel Background KI &

Idealerweise wird allerdings die aktuelle Vergewisserung über vertrauenswürdige Partner dazu genutzt, die globalen Datenökosysteme zu kalibrieren – dazu könnte mittelfristig auch eine Anpassung unionaler Schutzstandards gehören.³⁴ Dabei wird auch zu erwägen sein, ob und inwieweit – und in Umkehrung der Praxis der Angemessenheitsbeschlüsse – einzelne

Länder unter bestimmten Bedingungen auf eine Negativliste gesetzt und Datenflüsse zielgerichtet gekappt werden. Harte datenrealpolitische Entscheidungen stehen damit auf der Agenda für die in Ansehung der globalen Lage nicht so goldenen Zwanziger Jahre.³⁵

* * *

Digitalisierung (24.10.2022), <https://background.tagesspiegel.de/cybersecurity/zeit-fuer-neues-denken-bei-der-daten-geopolitik>.

³⁴ Barker (Zeit für neues Denken bei der Daten-Geopolitik, Tagesspiegel Background KI & Digitalisierung (24.10.2022), <https://background.tagesspiegel.de/cybersecurity/zeit-fuer-neues-denken-bei-der-daten-geopolitik>) richtigerweise spricht davon, dass „die EU Datenschutz-Andockmechanismen für

Beziehungen mit der Außenwelt entwickeln [muss], die einen hohen Standard haben, aber realistisch, offen und demokratisch sind.“

³⁵ Siehe mit Blick auf die Technikregulierung aber Heldt/Hennemann, Die Goldenen Zwanziger Jahre der Technikregulierung (15.07.2021), <https://background.tagesspiegel.de/digitalisierung/die-goldenen-zwanziger-jahre-der-technikregulierung>.