

Widerstreitende Regelungsziele im Datenschutzrecht: ein rechtskultureller Vergleich zwischen der EU, den USA und der VR China

Thomas M. J. Möllers

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Möllers, Thomas M. J. 2024. "Widerstreitende Regelungsziele im Datenschutzrecht: ein rechtskultureller Vergleich zwischen der EU, den USA und der VR China." *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVgIRWiss)* 123 (2): 141–63.

<https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&z=ZVGLRWISS&b=2024&s=141&n=1>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Widerstreitende Regelungsziele im Datenschutzrecht

– Ein rechtskultureller Vergleich zwischen der EU, den USA und der VR China –

Thomas M. J. Möllers*

ZVglRWiss 123 (2024) 141–163

Daten sind das Öl des 21. Jahrhunderts. Doch trotz ihrer weltweiten Relevanz ist der Datenschutz in der EU, den USA und der Volksrepublik China als den großen Wirtschaftszentren der Welt höchst unterschiedlich geregelt. Die vorliegende Untersuchung beschreibt einzelne rechtskulturelle Hintergründe der verschiedenen Wirtschaftsböcke, um die Unterschiede im Datenschutz zu erklären. Darauf aufbauend ist zu prüfen, ob und inwieweit eine Angleichung durch Rechtstransfers erwartet werden kann.

Data is the oil of the 21st century. However, despite its global relevance, data protection regulation differs fundamentally between the EU, the USA and the People's Republic of China as the world's major economic centers. The following study describes the individual legal and cultural background of the various economic areas in order to explain the differences in data protection. Building on this, it will be examined whether and to what extent harmonisation can be expected through legal transfers.

Inhalt

I. Einleitung	142
II. Die Rechtslage in Europa, China und den USA	143
1. Das Rechtfertigungsregime der europäischen Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO)	143
2. Der begrenzte Datenschutz in den USA	145
3. Datenschutz und das Sozialkreditsystem der Volksrepublik China	146
III. Möglicher Export der DS-GVO in die Volksrepublik China und in die USA?	148

* Professor Dr. Thomas M. J. Möllers ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Augsburg. – Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser an der Istanbul Ticaret Üniversitesi Sütlüce Yerleskesi Konferans Salonu in Istanbul am 27. 10. 2023 gehalten hat. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten. Ich danke Herrn Kollegen Benedikt Buchner sowie Frau stud. iur. Tara Stark und Herrn Jan Längle, Wiss. Mit., für weiterführende Hinweise.

1. Rechtskultur und Rechtsvergleichung	148
2. Die US-amerikanische Verfassung und der Einzelne als souveräner Marktteilnehmer ..	149
a) Liberale Marktwirtschaft und wirtschaftliche Eigenverantwortung	149
b) Verfassung als Schutz gegen staatliche Eingriffe	151
c) Folgerungen für einen möglichen Rechtsexport der DS-GVO in das US-amerikanische Recht	151
3. Rechtskultur und Wirtschaftsleben in der Volksrepublik China	153
a) Die Rolle der kommunistischen Partei in der Volksrepublik China	153
b) Der Einzelne als Teil der Gemeinschaft und die chinesische Verfassung	154
c) Folgerungen für einen möglichen Rechtsexport der DS-GVO in das chinesische Recht	155
IV. Rechtsimporte: Zur stärkeren Berücksichtigung von nationaler Sicherheit und Effizienz als Regelungsziele im Datenschutzrecht?	156
1. Rechtskulturelle Besonderheiten in Kontinentaleuropa	156
a) Machtbegrenzung im aufgeklärten Absolutismus	156
b) Machtbegrenzung durch die Judikative	157
2. Effiziente Datennutzung in einem digitalen Binnenmarkt	157
3. Verfolgung bzw. Verhinderung von Straftaten	158
4. Ein deutsches digitales Sozialkreditsystem und die geplante KI-VO	160
V. Ausblick: Die bessere Abwägung zwischen Datenschutz, Effizienz und nationaler Sicherheit	162

I. Einleitung

Als der Verfasser vor der Corona-Pandemie im Jahre 2019 an der Zhe Jiang University in Hangzhou in der Volksrepublik China einen Vortrag über die Europäische Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) hielt,¹ sagte ein chinesischer Kollege im Anschluss an den Vortrag: „Wir haben ja die gleichen Werte. Bei uns ist die *Einwilligung* zum Schutze der Daten des Bürgers auch wichtig, allerdings müssen wir diese gegenüber der *Effizienz* und der *nationalen Sicherheit* als weitere Rechtsprinzipien abwägen.“ Eine andere Kollegin *protestierte* dagegen und kritisierte die automatische Gesichtserkennung am Eingang des Hochhauses, in dem sie wohnt. Inzwischen gibt es in der Volksrepublik China ein umfangreiches Sozialkreditsystem, das den Bürger anhält, sich sozial- und rechtskonform zu verhalten. In Deutschland wurde dieses System als in hohem Maße unvereinbar mit dem Datenschutz bezeichnet;² auch die geplante KI-Verordnung der EU sieht in Art. 5 Abs. 1 lit. c) ein Verbot die-

1 Am 16. 9. 2019 zum Thema „Google, Amazon, Facebook – Who has a right to my data?“, Zhe Jiang University, Hangzhou, Volksrepublik China.

2 S. sogleich unten Fn. 38 ff. Allgemein warnend Janson, *Nackt im Netz*, 2011, S. 7f.; Kotteder, *Die wissen alles über Sie*, 2011, S. 235 ff.; Kurz/Rieger, *Die Datenfresser*, 2011; Schaar, *Das Ende der Privatsphäre*, 2009; Simon/Simon, *Ausgespäht und abgespeichert*, 2008, S. 237; Ström, *Die Überwachungsmafia*, 2006; Whitaker, *Das Ende der Privatheit*, 1999.

ses so genannten „Social Scoring“ vor.³ Einige Autoren sprechen von Verhältnissen wie bei George Orwell's 1984⁴. Auch in den USA wird spätestens seit dem NSA-Skandal ebenfalls vor Orwell'schen Verhältnissen gewarnt.⁵ Die unbegrenzte Erhebung und Auswertung persönlicher Daten durch staatliche Stellen oder die GAFA⁶-Unternehmen sorgen hierzulande für Kopfschütteln und Besorgnis hinsichtlich der Datenschutzlage in den USA.

Der folgende Beitrag nimmt dies zum Anlass, die wichtigsten Grundsätze des Datenschutzrechts in Europa, den USA und der Volksrepublik China in einem ersten Schritt zu vergleichen (II.). In einem zweiten Schritt werden die Hintergründe der jeweiligen Rechtsordnungen aus der Vogelperspektive analysiert, und es wird versucht, daraus Rückschlüsse auf mögliche Rechtstransfers, also *legal transplants*, im Bereich des Datenschutzrechts zu ziehen. Dabei geht es einerseits um den Export des europäischen Datenschutzrechts (III.),⁷ andererseits wird die Frage aufgeworfen, ob vor dem Hintergrund europäischer Rechtsstaatlichkeit auch Ideen aus China oder den USA importiert werden können (IV.). Die Untersuchung zeigt, dass sich die rechtskulturellen Vorstellungen von Gerechtigkeit in den drei wichtigsten Wirtschaftszentren der Welt deutlich unterscheiden und diese Unterschiede erhebliche Auswirkungen auf den Datenschutz haben. Die Untersuchung endet mit einem Ausblick (IV.).

II. Die Rechtslage in Europa, China und den USA

1. Das Rechtfertigungsregime der europäischen Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO)

In Deutschland hatte erstmals das BVerfG in seinem Volkszählungsurteil ein Recht des Bürgers auf informationelle Selbstbestimmung entwickelt.⁸ In

3 Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union – KI-Verordnungsvorschlag v. 21. 4. 2021, COM (2021) 206 final, S. 50 sowie zur Einigung s. <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/> (aktualisiert am 2. 2. 2024).

4 Das Werk von George Orwell, 1984, das einen Überwachungsstaat beschreibt, erschien erstmals 1949.

5 Siehe etwa die deutliche Kritik von Kister, Verräterische Freunde, SZ v. 1. 7. 2013, S. 4.

6 Google, Amazon, Facebook, Apple.

7 Solche rechtsvergleichenden Untersuchungen sind bisher eher selten, s. aber Solove/Schwarz, Privacy Law – Fundamentals, 6th. ed. 2022. Informativ <https://www.datenschutz.org/usa/>; Kühling/Schwartz, Daten gegen Leistung. Konvergenz von kalifornischem Recht und DSGVO?, DuD 2023, 749ff. Allgemein zur Rolle und Aufgabe der rechtsvergleichenden Methode s. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 7 Rn. 83 – 92 m. w. N.

8 BVerfG, 15. 12. 1983 – 1 BvR 209/83 u. a., BVerfGE 65, 1, 43 – Volkszählungsurteil.

Europa werden personenbezogene Daten durch Art. 8 GRCh (Grundrechtecharta) und durch Art. 8 EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention) geschützt. Auch der EGMR⁹ und der EuGH¹⁰ haben das Recht auf informationelle Selbstbestimmung anerkannt. Die heute wichtigste Regelung auf EU-Ebene bildet die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) aus dem Jahr 2016.¹¹ Danach sind die Daten des Bürgers schon dadurch geschützt, dass eine Verarbeitung personenbezogener Daten nur zulässig und damit rechtmäßig ist, wenn diese für bestimmte Zwecke gerechtfertigt ist (Art. 5 Abs. 1 lit. a) DS-GVO). Dazu muss einer der Rechtfertigungsgründe des Art. 6 Abs. 1 lit. a)–f) DS-GVO gegeben sein. Es gilt also grundsätzlich ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Damit muss etwa eine Einwilligung (lit. a)) oder ein Vertrag vorliegen (lit. b)). Art. 6 Abs. 1 lit. e) DS-GVO setzt voraus, dass eine Verarbeitung für die Wahrnehmung einer Aufgabe „erforderlich“ ist, die „im öffentlichen Interesse“ liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde. Im Rahmen einer Verarbeitung auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO ist schließlich zu prüfen, ob die Verarbeitung zur Wahrung der „berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich“ ist. Der Begriff „erforderlich“ ist dabei autonom, also unabhängig von nationalem Vorverständnis, auszulegen.¹² Er verlangt eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse an Transparenz und dem Recht des Einzelnen auf Achtung des Privatlebens und dem Schutz von personenbezogenen Daten.¹³ Unter Berücksichtigung von Art. 7 und 8 GrCh müssen sich die Einschränkungen und Ausnahmen im Hinblick auf den Datenschutz auf das absolut Notwendige beschränken.¹⁴ Schließlich stehen dem Bürger umfassende Betroffenenrechte nach Art. 13 ff. DS-GVO zu.

9 EGMR, 2. 8. 1984 – 8691/79, S. 42 – *Malone v. The United Kingdom*.

10 EuGH, 29. 1. 2008 – C-275/06, *Promusicae*, EU:C:2008:54, Rn. 64.

11 Verordnung 2016/679 v. 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. Nr. L 119, 1.

12 EuGH, 16. 12. 2008 – C-524/06, *Huber*, EU:C:2008:724, Rn. 52 zu dem Begriff „erforderlich“ im Rahmen der Datenschutz-Richtlinie 95/46 als Vorgängernorm; BVerwG, 27. 9. 2018 – 7 C 5/17, NVwZ 2019, 473, Rn. 26; BVerwG, 27. 3. 2019 – 6 C 2/18, BVerwGE 165, 111, Rn. 45: „Eine zusätzliche Interessenabwägung mit den Interessen der Betroffenen ist nicht vorgesehen.“

13 EuGH, 9. 11. 2010 – C-92/09 und C-93/09, *Schecke und Eifert*, EU:C:2010:662, Rn. 77; EuGH, 13. 5. 2014 – C-131/12, *Google Spain und Google*, EU:C:2014:317, Rn. 74; EuGH, 4. 7. 2023 – C-252/21, *Meta Platforms*, EU:C:2023:537, Rn. 126.

14 EuGH, 16. 12. 2008 – C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia*, EU:C:2008:727, Rn. 56; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 4. Aufl. 2023, Art. 6 Rn. 119.

2. Der begrenzte Datenschutz in den USA

Die US-amerikanische Verfassung von 1791 kennt kein Persönlichkeitsrecht und kein Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Ein solches wird folglich bis heute nicht als verfassungsrechtlich geschütztes Grundrecht anerkannt.¹⁵ Ein US-amerikanischer Datenschutz durch die Verfassung existiert somit nicht.¹⁶ Die von Dritten vorgenommene Datenverarbeitung wird vielmehr als geschützte wirtschaftliche Tätigkeit betrachtet.¹⁷ Für den Bürger gibt es keine Löscho- oder Widerrufrechte wie nach der DS-GVO. Grundsätzlich dominiert die Meinungsfreiheit (*freedom of speech*).¹⁸ Die Rechtsprechung hat nur begrenzte Fallgruppen zum Schutz der Persönlichkeit entwickelt, etwa den Schutz der Wohnung vor willkürlicher Beschlagnahme von Dokumenten im Sinne einer „*reasonable expectation of privacy*“.¹⁹ Nur in Ausnahmefällen können deliktische Ansprüche (*torts*) geltend gemacht werden, etwa bei Verletzung der Intimsphäre.²⁰

Weil die US-amerikanische Verfassung dem Bund keine ausdrückliche Kompetenz zum Datenschutz zuweist, können die Bundesstaaten diesen Bereich regeln. In verschiedenen Bundesstaaten, wie etwa in Kalifornien existiert ein Datenschutzgesetz.²¹ Ansonsten betrachten Unternehmen, wie etwa Apple, es als Wettbewerbsvorteil, die strengeren europäischen Datenschutzregeln durch freiwillige Selbstverpflichtungen zu berücksichtigen.²² Datenschutz ist damit Teil des Wirtschaftslebens; die *Federal Trade Commission*

15 Klar/Kühling, Privatheit und Datenschutz in der EU und den USA – Kollision zweier Welten?, AöR 141 (2016), 165, 180.

16 Allerdings gibt es in Einzelbereichen Schutzgesetze für Gesundheits-, Bankdaten oder Daten von Kindern, s. die Nachweise bei Klar/Kühling, AöR 141 (2016), 165, 178 Fn. 45.

17 Spies, USA: Neue Datenschutzvorschriften auf dem Prüfstand. Mehr Schutz für die Privacy der Bürger per Gesetz oder durch Selbstverpflichtung der Industrie?, ZD 2011, 12, 13; Klar/Kühling, AöR 141 (2016), 165, 178.

18 Klar/Kühling, AöR 141 (2016), 165, 180.

19 Katz v. United States, 389 U. S. 347 (1967); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 486 (1965); zusammenfassend Solove/Schwartz, Information Privacy Law, 3. Aufl. 2008, S. 33 ff.

20 Etwa bei Verletzung der Intimsphäre, s. Restatement (Second) of Torts, § 652 B, 652 D, 652 C and 652 E; Prosser, Privacy, 48 Calif. L. Rev. 1960, 383, 389 (1960); Citron, Mainstreaming Privacy Torts, 98 Calif. L. Rev. 1805, 1819 (2010).

21 Der California Privacy Rights Act (CPRA) ändert den California Consumer Privacy Act (CCPA) of 2018, Text abrufbar unter https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=20170180AB375. Zu beiden s. Kühling/Schwartz, DuD 2023, 749 ff. Zudem schützt die kalifornische Verfassung in Art. 1 Sec. 1 die Privatsphäre (und u. a. das Recht auf Abtreibung). Zu den Entwicklungen in den verschiedenen Bundesstaaten vgl. Donahue, Financial Incentives: The Fault in California's Privacy Framework, 56 Loyola of Los Angeles L. Rev. 411, 456 f. (2023).

22 Tim Cook, Apple CEO, Keynote auf der 40. Internationalen Konferenz der Beauftragten für den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre (ICDPPC) in Brüssel, der von einem „data industrial complex“ spricht, Volltext abrufbar unter

(FTC) prüft punktuell, ob bei der Verwendung von Daten irreführende Angaben gemacht werden.²³ Damit gilt der umgekehrte Grundsatz gegenüber dem europäischen Recht, dass jede Datenverarbeitung erlaubt ist, es sei denn, sie ist explizit verboten.²⁴ Während in Deutschland über Google Street View heftig diskutiert wurde, wird dieses Vorgehen in den USA als zulässig erachtet.²⁵ Der europäische Ansatz führt zu einer Vorabkontrolle, während in den USA der Einzelne nur punktuell die Gerichte ex post anrufen kann.²⁶ Im Ergebnis bleibt der Datenschutz in den USA rudimentär. Die europäische Rechtslage wird in den USA oft abgelehnt.

3. Datenschutz und das Sozialkreditsystem der Volksrepublik China

In China existiert das am 1. 7. 2017 in Kraft getretene *Cyber Security Law* (CSL), das den Schutz von digitalen Informationen durch Unternehmen regelt.²⁷ Ergänzend hat die *Standardization Administration of China* (SAC) die *Personal Information Security Specification* (GB/T 35273-2017) am 1. 5. 2018 erlassen.²⁸ Schließlich hat das Ministerium für öffentliche Sicherheit der Volksrepublik China Richtlinien veröffentlicht.²⁹ 2021 ist dann ein *Personal Information Protection Law* (PIPL) hinzugekommen, das aber nicht für staatliche Stellen gilt.³⁰ Das Regelungsregime ähnelt der DS-GVO insofern, als zur Datenverarbeitung eine Einwilligung nötig und die Verarbeitung nur aus-

<https://www.cnbc.com/2018/10/24/apples-tim-cook-warns-silicon-valley-it-would-be-destructive-to-block-strong-privacy-laws.html>.

23 <https://www.datenschutz.org/usa>.

24 Klar/Kühling, AöR 141 (2016), 165, 178. Hierzu vertiefend Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, 2018 (übersetzt als „Das Zeitalter des Überwachungs-Kapitalismus“, 2018).

25 Klar/Kühling, AöR 141 (2016), 165, 192.

26 Heisenberg, *Negotiating Privacy: The European Union, The United States, And Personal Data Protection*, 2005, S. 139; Schwartz, *The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures*, 127 Harv. L. Rev. 1966, 1976 (2013); Klar/Kühling, AöR 141 (2016), 165, 181, 194.

27 *Cyber Security Law* (CSL). Eine nicht-offizielle englische Übersetzung ist abrufbar unter <https://www.chinalawtranslate.com/cybersecurity/?lang=en>; eine ausführliche Übersicht des CSL bietet Kipker, *Das neue chinesische Cybersecurity Law – ein ganzheitlicher Ansatz zur Regulierung von Informationssicherheit*, MMR 2017, 455 ff.

28 *Personal Information Security Specification* (GB/T 35273-2017). Eine inoffizielle englische Übersetzung ist abrufbar unter <https://digichina.stanford.edu/work/translation-chinas-personal-information-security-specification>.

29 Luo/Shepherd, *China's Ministry of Public Security Issues New Personal Information Protection Guideline*, v. 22. 4. 2019, abrufbar unter <https://www.insideprivacy.com/data-security/chinas-ministry-of-public-security-issues-new-personal-information-protection-guideline>.

30 Genannt bei Solove/Schwarz (Fn. 7), S. 288. PIPL abrufbar unter <https://personalinformationprotectionlaw.com>.

nahmsweise zulässig ist.³¹ Ähnlich wie in Art. 5 DS-GVO finden sich Grundprinzipien wie Verhältnismäßigkeit (*commensurability*), Rechenschaft, Rechtmäßigkeit, Zweckfestlegung, Datenminimierung und der Transparenzgrundsatz.³²

Darüber hinaus befindet sich ein so genanntes Sozialkreditsystem der Volksrepublik China im Aufbau³³, welches gegenwärtig regional noch unterschiedlich angewendet wird. Grundlage ist die Idee, dass natürliche Personen, aber auch Unternehmen, für rechtskonformes Verhalten positive Punkte und für Normverstöße negative Punkte erhalten.³⁴ Eine solche Überwachung in der Volksrepublik China erstreckt sich nicht nur auf das Internet, sondern auf zahlreiche öffentliche Räume, wie Bars und Restaurants. Bei Wohlverhalten winkt ein erleichterter Zugang zu Krediten, Schulen, Arbeitsplätzen³⁵ oder die Erteilung des Reisepasses für Auslandsreisen. Im Ergebnis wird das Sozialkreditsystem in der Volksrepublik China weitgehend akzeptiert.³⁶ Der wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages macht hingegen darauf aufmerksam, dass mit einer derartigen Kontrolle systemkritische Blogger und Aktivisten zensiert und unterdrückt werden können.³⁷ In der Politik wird deutlich vor einem Überwachungsstaat à la George Orwell gewarnt.³⁸

31 *Personal Information Security Specification* (GB/T 35273-2017) (Fn. 28), Punkt 5.

32 *Personal Information Security Specification* (GB/T 35273-2017) (Fn. 28), Punkt 4.

33 Relevant ist hier die Webseite www.creditchina.gov.cn. S. etwa *Measures on the Management of Credit Information Restoration Following the Correction of Untrustworthy Conduct* (Provisional).

34 Für einen Überblick *Drinhausen/Brussee*, Chinas Sozialkreditsystem im Jahr 2021: Von Fragmentierung zu Integration, Mercator Institute for China Studies („MERICS“), *China Monitor* v. 3. 3. 2021, S. 4, abrufbar unter <https://merics.org>; *Backer*, Schwarze Listen und Social Credit-Regime in China, in: *Gapski/Packard*, Super-Scoring? Datengetriebene Sozialtechnologien als neue Bildungs herausforderung, Schriftenreihe zur digitalen Gesellschaft NRW, Bd. 6, 2021, S. 67, 71 ff.

35 *Wagner*, Datenschutz und die VR-China – ein Widerspruch?, *ZD* 2020, 140, 141: „lassen gehörige Zweifel aufkommen, wie das Sozialkreditsystem dennoch rechtmäßig sein kann“.

36 S. die Studie der FU Berlin: Mehr als zwei Drittel der Chinesen bewerten Sozialkreditsysteme in ihrem Land positiv, Pressemitteilung v. 23. 7. 2018, abrufbar unter https://www.fu-berlin.de/presse/informationen/fup/2018/fup_18_198-studie-sozialkreditsystem-china/index.html; *N. N.*, Eyes Everywhere, *The Economist* v. 25. 11. 2023, S. 52, 53. Das entsprach auch der Rückmeldung meiner Gesprächspartner auf meiner Chinareise im Jahre 2023.

37 *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages*, Big Data unter Berücksichtigung der Situation in der Volksrepublik China v. 12. 1. 2018 (WD 10 – 3000 – 068/17), S. 8.

38 Prominent US-Vizepräsident *Mike Pence* in einer Rede am 4. 10. 2018: „an Orwellian system premised on controlling virtually every facet of human life“, abrufbar unter <https://trumpwhitehouse.archives.gov> sowie oben Fn. 3.

III. Möglicher Export der DS-GVO in die Volksrepublik China und in die USA?

1. Rechtskultur und Rechtsvergleichung

Zum Teil wurde die DS-GVO gefeiert, sie habe das Zeug zum Exportschlagger. Tatsächlich haben sich der Bundesstaat Kalifornien und die Volksrepublik China am europäischen Recht orientiert. Wäre es nicht denkbar, dass die beiden Wirtschaftsblöcke noch umfassender als bisher das europäische Datenschutzrecht kopieren? Dazu ist auf die rechtskulturellen Besonderheiten der USA und der Volksrepublik China einzugehen.

Rechtsvergleichung kann nicht ausschließlich Rechtstexte vergleichen, sondern muss tiefer forschen. Bei der Rechtsvergleichung sucht man nach gleichen Ordnungsaufgaben unter vergleichbaren gesellschaftlichen Umständen und nicht nach isolierten Wesenszügen des einen oder anderen Systems. Die Funktion wird hier zum Vergleichsmoment, dem *tertium comparationis*.³⁹ Die Rechtsvergleichung fragt, in welchem Umfang Rechtsimporte, *legal transplants*, möglich sind.⁴⁰ Die Rechtsgeschichte wird als wichtige Erkenntnisquelle für rechtsvergleichende Arbeit erachtet.⁴¹ Die Erforschung der sozialen Wirklichkeit ist Aufgabe der Rechtssoziologie.⁴² Andere sprechen von Rechtskultur, wenn es um die Vorstellungen von Werten in der Gesellschaft gegenüber Recht und rechtlichen Institutionen geht.⁴³ Der Begriff wird auch

39 *De Cruz*, Comparative Law in a Changing World, 3rd ed. 2008, S. 236 ff.; *Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann/Zimmermann, The Oxford Handbook of Comparative Law, 2nd ed. 2019, S. 346, 351, 386 f.

40 *Watson*, Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 2nd ed. 1974, S. 21 ff.; *Wörner-Schönecker*, Rechtstransfers, 2022, S. 139 ff.; *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 2 Rn. 34 ff.: Rechtsübernahme.

41 *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, Vorrede S. XV; *Pringsheim*, The Inner Relationship between English and Roman Law, 5 Cam. L. J. 347, 349 (1935): „comparative law with the history of law is an impossible task.“ A. A. aber *Kischel* (Rn. 40), § 4 Rn. 50.

42 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 8. Aufl. 2014, Rn. 1. Zu den Vertretern in Deutschland zählt vor allen *Eugen Ehrlich*; zum *legal realism* etwa *Oliver Wendell Holmes Jr.*, *Roscoe Pound* und *Benjamin Cardozo*. Positiv *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 45; *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann (Fn. 39), S. 345, 350.

43 *Bell*, English Law and French Law – Not so Different?, 69 C.L.P. 63, 70 (1995): “a specific way in which values, practices, and concepts are integrated into the operation of legal institutions and the interpretation of legal texts.” S. auch *Friedman*, The Concept of Legal Culture: a Reply, in: Nelken, Comparing legal cultures, 1997, S. 33, 34; *van Hoecke/Warrington*, Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law, 47 Int'l & Comp. L. Q., 495, 498 (1998); *Cotterrell*, Law, Culture and Society, 2007; s. auch den Sammelband von *Varga* (ed.), Comparative Legal Cultures, 1992. S. bereits *Kohler*, Das Recht als Kulturerscheinung, 1885. Kritisch aber *Cotterrell*, in: Nelken, Comparing

im europäischen Kontext verwendet.⁴⁴ Ähnlich fordert die Rechtsanthropologie, Denkmuster (*modes of thought*) einzelner Kulturen zu identifizieren, die zu Gemeinsamkeiten oder Unterschieden führen.⁴⁵ Andere analysieren die Psychologie eines Volkes.⁴⁶ Im Folgenden geht es nicht darum, zwingende Kausalketten nachzuweisen, sondern vielmehr darum, Einflüsse auf das Recht aufzuzeigen und zu erklären, warum bestimmte Gerechtigkeitsvorstellungen verschiedene Rechtsordnungen prägen.⁴⁷

2. Die US-amerikanische Verfassung und der Einzelne als souveräner Marktteilnehmer

a) Liberale Marktwirtschaft und wirtschaftliche Eigenverantwortung

Die ersten Siedler segelten von England nach Nordamerika. Sehr viele Einwanderer flohen vor den europäischen Herrschern, um ihr Schicksal selbst in die Hand zu nehmen. Das Gebot war ein schlanker Staat, der möglichst wenig in die täglichen Belange hineinregiert.⁴⁸ Auch heute noch ist in den USA der Bürger viel stärker als in Deutschland für die eigene Krankenversicherung, Altersvorsorge oder seine Bildungschancen verantwortlich. Im Ergebnis sind die Selbstbestimmung und der Schutz vor und nicht durch den Staat dominierende Elemente des US-amerikanischen Rechts. Verbunden ist damit der Glaube

legal cultures, 1997, S. 13f., 17, 29. Zum Streit ausführlich *Kischel* (Rn. 40), § 4 Rn. 32 ff.

44 *Wieacker*, Voraussetzungen europäischer Rechtskultur, 1985; *Häberle*, Europäische Rechtskultur, 1994; *Gibson/Caldeira*, The Legal Cultures of Europe, 30 L. & Soc. Rev. 55 ff. (1996); *Zimmermann*, Römisches Recht und europäische Kultur, JZ 2007, 1 ff.; *Wilhelmsson/Paunio/Pohjolainen* (eds.), Private Law and the Many Cultures of Europe, 2007.

45 Grundlegend *Fikentscher*, Modes of Thoughts, 2nd ed. 2004; *ders.*, Law and Anthropology, 2nd ed. 2016. Hierzu etwa *Möllers*, Nachrufe Wolfgang Fikentscher, JZ 2015, 569, 570; *Röver*, On the Dialogue Between Legal Systems and the Dialogue Between Cultures: The German Comparatist Wolfgang Fikentscher, 63 Am.J.-Comp.L. 549, 553 ff. (2015).

46 So bereits *Tacitus*, Germania; *Montesquieu*, De l'Esprit des Loix, 1748, Buch 14-18 über die Inder, Japaner, Chinesen. S. auch *Schopenhauer*, Parerga und Paralipomena, 2. Bd., Über die Schriftstellerei und Stil, § 287 (Gesamtausgabe von J. Frauenstädt, 1946): Schwerfälligkeit des Deutschen. Eine allgemeine Völkerpsychologie ist gerade in Deutschland vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Rassenlehre des Dritten Reichs nicht unbedenklich.

47 In diese Richtung etwa *Michaels*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, Bd. 2, Stichwort: Rechtskultur unter 3.; *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, 1925, S. 3; *Stone*, End to be Served by Comparative Law, 25 Tulane L.Rev. 325, 332 (1951): "West must study the history, the politics, the economics, the cultural background in literature and the arts, the religions, beliefs and practices, the philosophies, if we are to reach sound conclusions as to what is and what is not in common."

48 Vgl. *Murray*, Das Recht in den Vereinigten Staaten von Amerika, 2008, S. 175 f.

an den liberalen Markt, die Chance, vom Tellerwäscher zum Millionär werden zu können. Philosophisch findet man marktwirtschaftliches Denken schon bei *Thomas Hobbes* mit der Formulierung, dass es die Parteien sind, die den Wert der Sache am besten bestimmen können.⁴⁹ Nicht von ungefähr beschrieb dann *Adam Smith* mit seinem Bild der „unsichtbaren Hand“, dass sich der Markt am besten selbst durch Angebot und Nachfrage regele.⁵⁰ Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass der Interessengegensatz der Parteien durch den Vertrag zu einem richtigen Ergebnis führt; man spricht von der „Richtigkeitsgewähr“ des Aushandelns.⁵¹ Das anglo-amerikanische Recht geht somit grundsätzlich von der Selbstvorsorge des Einzelnen aus.⁵²

Die rechtlichen Unterschiede zwischen common law und civil law im Vertragsrecht sind beachtlich.⁵³ Ein allgemeines Prinzip von Treu und Glauben existiert im anglo-amerikanischen Recht nicht.⁵⁴ Eine Angemessenheitskontrolle des Preises findet grundsätzlich nicht statt.⁵⁵ Im Arbeits- und Mietrecht gilt im Zweifel das „*hire and fire*“-Prinzip, also das Recht, dem Arbeitnehmer oder Mieter ohne wichtigen Grund zu kündigen.⁵⁶ Die Parteien können sich durch entsprechende Klauseln selbst schützen, sodass im Zweifel der Richter

49 *Hobbes*, *Leviathan*, 1651, Part I, Chap. 15, S. 75.

50 *Smith*, *Wealth of Nations*, Bd. III, Book IV, Chap. II, Of Restraints upon the Importation from foreign Countries of such Goods as can be produced at Home, 9th ed. 1799, S. 181: “He generally, indeed, neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an *invisible hand* to promote an end which was no part of his intention.”

51 *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130, 149 ff.; *ders.*, Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, in: FS Raiser, 1974, S. 3, 5 f.; *Lieb*, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der so genannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978), 196, 206.

52 Der Gedanke der Selbstverantwortung findet sich in dem schönen Spruch der US-amerikanischen Schauspielerin *Katharine Hepburn*: “If you need a helping hand, you can find one at the end of your right arm.” In der Sache ebenso *Kötz*, Der Einfluss des Common Law auf die internationale Vertragspraxis, in: FS Heldrich, 2005, S. 771, 776. Ein Gegenbeispiel bilden aber Gewerkschaften, die in einzelnen Branchen (Automobil, Feuerwehr etc.) eine beeindruckend starke Stellung haben.

53 Zum Folgenden *Möllers*, Concepts of Justice and National Context Outlining Legal Comparisons Between the Federal Republic of Germany, the United States of America, and the People’s Republic of China, in: FS Hugo, 25 PER/PELJ (Special Edition), 2022, S. 1, 5 f., abrufbar unter <https://perjournal.co.za/article/view/13471>.

54 Sondern nur einzelne Institute wie *estoppel*, *duress*, *misrepresentation*, *mistake*, s. *Kötz*, Deutsches Recht und Common Law im Wettbewerb, AnwBl 2010, 1, 4 f.

55 Nur ausnahmsweise gibt es die Rechtsfigur des economic duress, s. *Kötz*, European Contract Law, 2nd ed. 2016, S. 113.

56 Im Arbeitsrecht *Hay*, Law of the United States, 4th ed. 2016, Rn. 666; *Möllers/Bruschke*, Voraussetzungen eines amerikanischen Arbeitsvertrages – Amerikanische

nicht korrigierend eingreifen muss.⁵⁷ Folglich dominieren bis heute im Gerichtsprozess Streitigkeiten unter Kaufleuten, während in Deutschland viele Klagen den Verbraucherschutz betreffen.⁵⁸

b) Verfassung als Schutz gegen staatliche Eingriffe

Diese Überlegungen bestätigen den Umstand, dass nach dem US-amerikanischen Selbstverständnis die Verfassung nicht die Aufgabe hat, das Verhältnis zwischen den Bürgern zu regeln. Die US-amerikanische Verfassung gilt als unabänderlich, sodass sie bisher nur durch wenige Zusätze, sog. Amendments, ergänzt wurde. Plastisch formuliert die US-Verfassung: „*Congress shall make no law [...]*“;⁵⁹ dementsprechend werden Grundrechte in erster Linie als Abwehrrechte definiert.⁶⁰ Konsequenterweise wird dann oft auch die Verfassung konservativ interpretiert, so wird etwa auf den historischen Willen des Gesetzgebers zum Zeitpunkt der Verabschiedung einer Norm abgestellt.⁶¹ Rechtsentwicklungen wie die mittelbare Drittwirkung oder die Schutzpflichtenlehre sind dagegen unbekannt.

c) Folgerungen für einen möglichen Rechtsexport der DS-GVO in das US-amerikanische Recht

Die rechtskulturellen Unterschiede zwischen Europa und den USA sind signifikant. Es ist nicht zu erwarten, dass der US-amerikanische Gesetzgeber oder der Supreme Court dem Recht auf Informationelle Selbstbestimmung oder dem Recht auf die eigenen Daten Verfassungsrang einräumen werden. Im Ergebnis ist es auch nur konsequent, dass der Datenschutz vertraglich geregelt ist, ohne dass es eines staatlichen Eingriffs bedarf. Der Staat schützt den Bürger vor staatlichen Eingriffen. Zum Schutze der Bürger wurden erst nach dem Angriff auf das World Trade Center vom 11. 9. 2001 durch den *US-Patriot Act* die Befugnisse der Sicherheitsbehörden, auf Daten der Bürger zuzugreifen, stark ausgeweitet.⁶²

sches Arbeitsrecht im Wandel!, JR 1989, 441 ff. Zur *tenancy at will* im US-amerikanischen Mietrecht *Hay* (ebd.), Rn. 453.

57 Das führt bis heute gerade im M&A-Bereich zu umfangreichen Verträgen mit zahllosen Vertragsklauseln.

58 So die Bewertung von *Kötz*, AnwBl 2010, 1, 5.

59 Z. B. Zusatzartikel I, Zusatzartikel IV, Sec. 1 S. 2 U.S. Constitution.

60 *Posner*, in: *Jackson v. City of Joliet*, 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir. 1983): “the Constitution is a charter of negative rather than positive liberties”; *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 190 (1989).

61 Zum Konzept des Originalism vgl. *Prominent Scalia/Garner*, *Reading Law: Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, 2012; *Smith*, *How Different Are Originalism and Non-Originalism?*, 62 *Hastings L.J.* 707 ff. (2010); jüngst auch *Dobbs v. Women’s Health Organization*, 142 S.Ct. 2228, 2248 ff. (2022) – Unzulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs.

62 *Shamsi/Abdo*, *Privacy and Surveillance Post-9/11*, 38 *Human Rights* 5 ff. (2011).

Naheliegend ergeben sich zwei Konfliktpotentiale: Zum einen geht das Handeln der staatlichen Stellen weiter als in Europa, und zum anderen sind die Rechte der Unternehmen bei der Nutzung von Daten weiter als in der EU. Die Zusicherungen privater Unternehmen, Daten von europäischen Bürgern nicht unkontrolliert weiterzugeben (sog. *Safe Harbor und Privacy Shield*) hatte der EuGH 2015 für unzureichend und damit rechtswidrig erklärt.⁶³ Inzwischen hat der amtierende US-amerikanische Präsident Biden ein Gericht (Data Protection Review Court – DPRC – erg.1) eingeführt, um die Maßnahmen von US-Geheimdiensten gegenüber EU-Bürgern einzuschränken bzw. gerichtlich prüfen zu lassen.⁶⁴ Die EU-Kommission hat das Datenschutzniveau zwischen den USA und der EU am 10. 7. 2023 für vergleichbar erachtet.⁶⁵

Inzwischen scheint sich immerhin eine Annäherung zwischen der EU und den USA anzubahnen: Nach dem kalifornischen CPRA darf der Verbraucher grundsätzlich keine Nachteile erleiden, wenn er der Datenverarbeitung des Anbieters nicht zustimmt (*opt-out*). Bei einer Weigerung darf das Unternehmen aber Preis und Service angemessen (*reasonable*) differenzieren.⁶⁶ Auch das europäische Recht erlaubt im Rahmen der Einwilligung des Art. 7 DSGVO entsprechend zu differenzieren.⁶⁷ Dies hat der EuGH im Meta-Urteil jüngst bestätigt, wonach, gegebenenfalls gegen ein angemessenes Entgelt, eine gleichwertige Alternative angeboten wird, die nicht mit solchen Datenverar-

63 Der EuGH erklärte zunächst Safe Harbor für ungültig, s. dazu EuGH, 6. 10. 2015 – C-362/14, Schrems I, EU:C:2015:650, Rn. 98, um dann auch den daraufhin erlassenen Durchführungsbeschluss zum Privacy Shield für unwirksam zu erklären, s. dazu EuGH, 16. 7. 2020 – C-311/18, Schrems II, EU:C:2020:559, Rn. 201. Dazu kritisch *Kühling/Heberlein*, EuGH „reloaded“: „unsafeharbor“ USA vs. „Datenfestung“ EU, NVwZ 2016, 7 ff.

64 Executive Order 14086 v. 7. 10. 2022, Enhancing Safeguards for United States Signals Intelligence Activities, abrufbar unter <https://www.federalregister.gov/documents/2022/10/14/2022-22531/enhancing-safeguards-for-united-states-signals-intelligence-activities>. Hierzu *Johannes*, USA: Biden unterzeichnet Executive Order als Grundlage für Trans-Atlantic Data Privacy Framework, ZD-Aktuell 2022, 13373.

65 Europäische Kommission, Datenschutz: Europäische Kommission erlässt neuen Angemessenheitsbeschluss für einen sicheren und vertrauenswürdigen Datenverkehr zwischen der EU und den USA, Brüssel 10. 7. 2023, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_23_3721; European Commission, C(2023) 4745, Brüssel 10. 7. 2023, abrufbar unter https://commission.europa.eu/document/download/fa09cbad-dd7d-4684-ae60-be03fcb0fddf_en?filename=Adequacy%20decision%20EU-US%20Data%20Privacy%20Framework_en.pdf.

66 § 1798.125 CPRA (s. Fn. 21); hierzu *Kühling/Schwartz*, DuD 2023, 749, 750f.

67 *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG, 4. Aufl. 2024, Art. 7 Rn. 52–54 DS-GVO.

beitungsvorgängen einhergeht.⁶⁸ Im Idealfall kommt es zu einer weiteren Annäherung der Datenschutzregime.⁶⁹ In diese Richtung geht auch Art. 5 Abs. 2 Digital Markets Act (DMA), der eine weniger personalisierte Alternative verlangt, indem dem „Endnutzer die *spezifische Wahl* gegeben“ wird.⁷⁰

3. Rechtskultur und Wirtschaftsleben in der Volksrepublik China

a) Die Rolle der kommunistischen Partei in der Volksrepublik China

Historisch gesehen wurde China bis 1912 für mehr als 2 000 Jahre zentral durch den chinesischen Kaiser regiert. Die kommunistische Partei, 1921 in Shanghai gegründet, nutzt diese lange Tradition als Legitimationsgrundlage, der Staatspräsident kann sich in der traditionellen Abfolge der Kaiser sehen. Dieses lange, ununterbrochene machtpolitische Zentrum unterscheidet China ganz wesentlich von Europa, aber auch von den USA. Die Partei und der Präsident lenken das Land. Politisch geht man weniger von einer Gewaltenverstrückung im Sinne von Gewaltenkontrolle als vielmehr vom Prinzip der Gewaltenkonzentration aus.⁷¹ Richtiges Recht soll im Idealfall von oben nach unten entschieden werden. Um eine einheitliche Anwendung sicherzustellen, können die höchsten Organe die Gesetze auslegen: der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongress durch legislative Auslegung, der Staatsrat durch administrative Auslegung und das Oberste Volksgericht (OVG) durch Justizauslegung.⁷² Während in Europa das Gesetzlichkeitsprinzip ein Handeln des Gesetzgebers verlangt, ist diese Vorgabe in der Volksrepublik China unbekannt. Letztlich wird der Begriff der „nationalen Sicherheit“ durch die Partei oder das Militär definiert.⁷³

68 EuGH, 4. 7. 2023, C-252/21, Meta Platforms, EU:C:2023:537, Rn. 150; zustimmend *Kühling/Buchner*, Rückschlag für Meta beim EuGH, DuD 2023, 519, 520.

69 In diesem Sinne *Kühling/Schwartz*, DuD 2023, 749, 755: „Diese Konvergenz kann zudem ein Schritt sein, die an sich so disparaten Datenschutzansätze diesseits und jenseits des Atlantiks wieder näher zusammenzubringen.“

70 Art. 5 Abs. 2 lit. d) DSA: „außer wenn dem Endnutzer die *spezifische Wahl* gegeben wurde und er im Sinne des Art. 4 Nr. 11 und des Art. 7 der Verordnung (EU) 2016/679 eingewilligt hat“. Hierzu *Schmid/Späth*, Die weniger personalisierte Alternative nach Art. 5 Abs. 2 DMA – ein europäischer Sonderweg?, NZKart 2022, 568, 571.

71 *Pißler*, Höchststrichterliche Interpretation als Mittel der Rechtsfortbildung in der Volksrepublik China, *RabelsZ* 80 (2016), 373, 392 f.; *Kischel* (Rn. 40), § 9 Rn. 67.

72 So der Begriff von *Abl*, Die Justizauslegung durch das Oberste Volksgericht der VR China – Eine Analyse der neuen Bestimmungen des Jahres 2007, *ZChinR* 2007, 251; zum Teil spricht man auch von „Erläuterungen“ oder „Interpretationen“ so *Pißler*, *RabelsZ* 80 (2016), 373 ff.

73 *Triolo/Sacks/Creemers/Webster*, China's Cybersecurity Law One Year On, *Stanford Digichina* v. 30. 11. 2017, abrufbar unter <https://digichina.stanford.edu/work/chinas-cybersecurity-law-one-year-on>. Vor einer extensiven Auslegung warnend *Wagner*, *ZD* 2020, 140, 144.

Die Partei lenkt die Wirtschaft mittels klarer Planziele⁷⁴ und lässt ansonsten dem Markt freien Raum. Erst in den letzten Jahren wurde damit begonnen, den Konzentrationsprozessen von Unternehmen wie Alibaba oder Tencent gegenzusteuern, nachdem man ihnen lange Zeit tatenlos zugesehen hatte.⁷⁵ Dazu gehört ein umfangreicher Apparat an Sanktionen, einschließlich des Strafschadens⁷⁶ oder der Todesstrafe⁷⁷. Marktwirtschaft und Globalisierung haben damit nicht zwangsläufig Demokratie zur Folge.⁷⁸ Die Modernisierung ihres Landes erklären die Chinesen vielmehr mit der konsequenten Rückbesinnung auf die Kernwerte ihrer eigenen Kultur.⁷⁹ Im Ergebnis ist die Volksrepublik ein „*mixtum compositum*“ aus Marktwirtschaft und sozialistischer Planwirtschaft der Volkspartei.

b) Der Einzelne als Teil der Gemeinschaft und die chinesische Verfassung

In den Schulen stehen die verschiedenen Dynastien der Kaiser auf dem Lehrplan und Konfuzius-Institute werden extensiv gefördert.⁸⁰ Konfuzius predigte *Ren* (Menschlichkeit), *Yi* (Gerechtigkeit), *Li* (Sittlichkeit), *Zhi* (Weisheit) und *Xin* (Aufrichtigkeit). Der Einzelne streitet im Zweifel nicht vor Gericht, sondern akzeptiert seine Rolle in der Gemeinschaft. Hohe Strafen werden akzeptiert, weil Regeln nun einmal einzuhalten sind.⁸¹ Folglich ist es auch nicht verwunderlich, dass das Sozialkreditsystem in breiten Teilen der chinesischen Bevölkerung auf hohe Akzeptanz stößt.⁸²

74 Etwa im Bausektor (Infrastrukturausbau mit öffentlicher Auftragsvergabe) oder durch die massiven Subventionen für Schlüsselindustrien im Bereich Künstlicher Intelligenz oder der Solarenergie.

75 Doyon, Wie sich die KPCh unter Xi die Kontrolle über die Privatwirtschaft sichert, *LeMonde diplomatique* v. 8. 7. 2021, abrufbar unter <https://monde-diplomatique.de/artikel/!5783170>; N. N. Chinas Tech-Werte sind im Würgegriff Pekings, *FAZ* v. 14. 12. 2021, S. 29; Gusbeth, Wie China die Marktmacht seiner Tech-Konzerne brechen will, *Handelsblatt* v. 5. 7. 2021, abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/politik/international/angst-um-politische-stabilitaet-wie-china-die-markt-macht-seiner-tech-konzerne-brechen-will-/27393294.html>.

76 Vgl. etwa § 179, § 1185 ZGB und § 55 VSG. Hierzu Möllers, in: Möllers/Li, *The General Rules of Chinese Civil Law*, 2018, S. 55, 65. Zu § 47 Deliktsgesetz s. Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht, 2018, Rn. 355. Für eine Ausweitung *Binding*, *China-EU L.J.* 2014, 223 (239). Kritisch aber Bu, Das chinesische Vertragsrecht – Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektive, *ZfRV* 2014, 261, 273.

77 Herrmann, Gedanken zur Todesstrafe in Japan, in: FS Nishihara, 1998, S. 401 ff.

78 Baron/Yin-Baron, *Die Chinesen, Psychogramm einer Weltmacht*, 7. Aufl. 2019, S. 411.

79 Baron/Yin-Baron (Fn. 78), S. 409.

80 Van Ess, *Der Konfuzianismus*, 2003.

81 Auch wegen seiner hohen Strafen gilt etwa Singapur als einer der sichersten Staaten Asiens.

82 S. oben Fn. 36.

Es gibt einen weiteren beachtenswerten Gesichtspunkt: Während die Verfassung mit ihren Grundrechten in den USA und in den Mitgliedstaaten der EU das Rückgrat der Rechtsstaatlichkeit darstellt und regelmäßig zur nationalen Identität gehört, gilt das für die chinesische Verfassung gerade nicht: Grundrechte sind nur Programmsätze und können folglich nicht von den Gerichten überprüft werden.⁸³ Prominent betont § 1 der chinesischen Verfassung die demokratische Diktatur des Volkes, die von der Arbeiterklasse geführt wird und auf dem Bündnis der Arbeiter und Bauern beruht. Gleichzeitig betont § 1, dass nach dem Sozialismus chinesischer Prägung die Kommunistische Partei das Land führt⁸⁴ – dies ist das leitende Prinzip der Gewaltenkonzentration.

c) Folgerungen für einen möglichen Rechtsexport der DS-GVO in das chinesische Recht

Was folgt daraus für das europäische Datenschutzrecht? Es ist durchaus vorstellbar, dass die europäische DS-GVO, so wie sie in der Volksrepublik China von der EU übernommen wurde, gegenüber privaten Unternehmen durchgesetzt wird. Gegenüber dem Staat werden die Rechte des Bürgers auf seine Daten dagegen wohl kaum durchzusetzen sein. Denn auch künftig ist nicht zu erwarten, dass die Grundrechte der chinesischen Verfassung als Abwehrrechte gegenüber dem Staat, als Werteordnung oder als Schutzpflichten des Staates zugunsten des Bürgers interpretiert werden.⁸⁵

Dies ist nicht ohne Widerspruch geblieben. In der deutschen Literatur wird die Vereinbarkeit des Sozialkreditsystems mit dem chinesischen Recht angezweifelt, da sich die gerade genannten chinesischen Vorschriften stark an der europäischen DS-GVO orientieren.⁸⁶ Dabei wird aber übersehen, dass die Regelungswerke umfassende Ausnahmen für die „nationale Sicherheit und nationale Verteidigung“⁸⁷ vorsehen. Und diese Ausnahmen sind nach dem Regelungszweck zu konkretisieren: Art. 6 CSL lautet: „Der Staat befürwortet insbesondere aufrichtiges, ehrliches und ‚gesundes‘ Onlineverhalten und fördert die Verbreitung sozialistischer Werte.“⁸⁸

83 Kroymann/Xu, Grundlagen, in: Binding/Pißler/Xu, Chinesisches Zivil- und Wirtschaftsrecht, 2015, Kap. 1 Rn. 46; Möllers, in: Möllers/Li (Fn. 76), S. 55, 79 f. m. w. N.

84 Art. 1 Abs. 2 Sätze 2 und 3 chin. Constitution: „Leadership by the Communist Party of China is the defining feature of socialism with Chinese characteristics. It is prohibited for any organization or individual to damage the socialist system.“ (englische Übersetzung ist abrufbar unter <http://en.npc.gov.cn.cdurl.cn/constitution.html>).

85 Zu entsprechender Konkretisierung nach deutschem Recht s. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 11 Rn. 3 ff.

86 So ausdrücklich Wagner, ZD 2020, 140, 144.

87 *Personal Information Security Specification* (GB/T 35273-2017) (Fn. 28), Punkt 5. 4. lit. a).

88 Zum CSL s. oben Fn. 27.

IV. Rechtsimporte: Zur stärkeren Berücksichtigung von nationaler Sicherheit und Effizienz als Regelungsziele im Datenschutzrecht?

Daten können in der Volksrepublik China und in den USA deutlich intensiver verarbeitet werden als in Europa. Die Frage lautet: Sind nationale Sicherheit und Effizienz nicht möglicherweise Regelungsziele, die nicht nur als eng verstandene Ausnahmen, sondern in Deutschland und Europa stärker als bisher als Rechtsprinzipien – neben dem Recht auf die Verwendung eigener Daten – in eine Abwägung einzubeziehen sind?

1. Rechtskulturelle Besonderheiten in Kontinentaleuropa

a) Machtbegrenzung im aufgeklärten Absolutismus

Die demokratischen Elemente, die sich in der Zeit der Griechen und Römer herausgebildet hatten, überlebten die Antike nicht. Stattdessen bildeten sich im Mittelalter neue Herrschaftsformen durch den Adel. In Frankreich errichtete der Sonnenkönig Ludwig XIV. im 17. Jahrhundert eine absolutistische Monarchie. Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation bildete demgegenüber ein komplexes Gebilde zwischen Kaiserherrschaft und der Autonomie von Adel, Kirche und Städten in ihren lokalen Bereichen. Das Reich war in über 250 Territorien fragmentiert.

In der Stadt waren die Bürger frei, das galt aber nur sehr eingeschränkt für die Bevölkerung auf dem Land. Im Lehnssystem bestand ein Abhängigkeits- und Treueverhältnis zwischen Lehnsherrn und Lehnsmann (Vasall).⁸⁹ In der Beziehung zum jeweiligen Lehnsherrn existierten für die Untertanen („Subjekte“) im feudalen Gesellschafts- und Wirtschaftssystem viele – auch nach Gebiet unterschiedliche – Abstufungen. Auf dem Land waren Bauern zum Teil unfrei und Leibeigene. Sie waren nur beschränkt vermögensfähig und mussten sich freikaufen, wenn sie das Territorium verlassen wollten.⁹⁰

Im aufgeklärten Absolutismus gab der Legalismus dem Herrscher die Möglichkeit, seinen Willen gegenüber den Richtern umfassend durchzusetzen. Mit möglichst präzisen Gesetzen versuchte der Souverän, den Richter vollumfänglich zu binden.⁹¹ Diese banden jedoch nicht nur den Richter, sondern auch den Herrscher und schützten den Bürger so vor Willkür.⁹² Daraus entwi-

89 S. Erster Teil, 18. Titel § 19 ALR; *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, § 72, S. 360.

90 Kritisch gegen dieses Dienstmännerrecht bereits *Repgow*, *Sachsenspiegel*, Zobel-sche Ausgabe 1595, 3. Buch, XLII, § 6; *Kolb*, Über den Ursprung der Unfreiheit – Eine Quaestio im *Sachsenspiegel*, *ZfdA* 103 (1974), 289, 300; allgemein *Meder*, *Rechtsgeschichte*, 3. Aufl. 2008, S. 215 ff.

91 Im Zeichen der Aufklärung führte der vernunftrechtliche Glaube an ein absolut richtiges Recht im Allgemeinen Preußischen Landrecht (ALR) von 1794 zu 17 000 Paragrafen, die alle erdenklichen Verhältnisse regeln sollten.

ckelten sich die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit, wie z.B. Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes, rechtliches Gehör und Gesetzlichkeitsprinzip mit seinem Grundsatz „*nullum crimen sine lege*“.

b) Machtbegrenzung durch die Judikative

Diese Entwicklungen hatten auch Einfluss auf die jüngere Geschichte. So hat das Bundesverfassungsgericht das Grundgesetz schon recht bald extensiv interpretiert. Bahnbrechend war die revolutionäre Entwicklung der Grundrechte im *Lüth*-Urteil als objektive Wertordnung mit der Verpflichtung zur verfassungskonformen Auslegung.⁹³ Die Grundrechte lassen sich nach deutschem Verständnis zudem als Schutzpflichten verstehen, die der Staat gegenüber dem Bürger zu erfüllen hat. Damit hat der Staat nicht nur Freiheitsräume zu achten, sondern auch zu schützen.⁹⁴ Mit der objektiven Dimension der Grundrechte als Wertordnung, der Drittwirkungs- und Schutzpflichtenlehre unterwirft das Bundesverfassungsgericht letztlich die gesamte Gesetzgebung der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts.⁹⁵ Damit war es letztlich auch nur konsequent, neue Grundrechte – wie etwa das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – neu zu entwickeln. Vergleichbares gilt für die Rechtsprechung von EuGH und EMRK. Rechtskulturell und rechtshistorisch gesehen will Recht die Macht staatlicher Gewalt beschränken. Nur wo gibt es Optimierungsbedarf?

2. Effiziente Datennutzung in einem digitalen Binnenmarkt

Eingangs wurde mehr Effizienz bei der Datennutzung gefordert. Das Unternehmen BioNTech baut eine Forschungsabteilung in Großbritannien und nicht in Deutschland auf, weil dort Behörden bei der Nutzung von Daten besser zusammenarbeiten.⁹⁶ Eine Auswertung der Covid-Pandemie ist in Deutschland nicht möglich, weil die Länder ihre Daten nicht zusammenführen oder abgleichen.⁹⁷ Ähnlich unzureichend sind die empirischen Daten für die deutsche Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre. Viel zu selten ist

92 Für einen Überblick s. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 12 ff.

93 BVerfG, 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 204 ff.

94 BVerfG, 25. 2. 1975 – 1 BvF 1/74 u. a., BVerfGE 39, 1, 42 – Schwangerschaftsabbruch I und BVerfG, 28. 5. 1993 – 2 BvF 2/90 u. a., BVerfGE 88, 203, 254 – Schwangerschaftsabbruch II.

95 *Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof*, StaatsR-HdB, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 197 Rn. 119.

96 *Sonnenberg*, Pharma-Standort Deutschland. Zu langsam für die Forschung?, tageschau v. 7. 2. 2023, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/pharmaindustrie-forschung-biontech-101.html>.

97 *Backhaus*, Common Pitfalls in the Interpretation of COVID-19 Data and Statistics, abrufbar unter <https://link.springer.com/article/10.1007/s10272-020-0893-1>; Sachverständigenausschuss, Evaluation der Rechtsgrundlagen und Maßnahmen der Pandemiepolitik v. 30. 6. 2022, S. 41 ff., abrufbar unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de>.

es möglich, Rechtsregeln auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen.⁹⁸ Ein weiteres Beispiel bildet die Diskussion über die elektronische Patientenakte: Diese war über 20 Jahre erfolglos, weil dem zunächst vorgesehenen Erlaubnisvorbehalt nur 1 % der Patienten zustimmten. Inzwischen hat der deutsche Gesetzgeber den Wechsel zu einer *Widerspruchslösung* als Gesetz beschlossen, es bedarf also keiner Einwilligung mehr.⁹⁹ Damit wird auch der Wunsch nach einem europäischen Gesundheitsdatenraum realistischer. Von der chinesischen Partei könnte der europäische Gesetzgeber lernen, strategische Interessen zu benennen und diese dann auch umzusetzen. Der Sachverständigenrat fordert einen europäischen digitalen Binnenmarkt, damit europäische Unternehmen besser gegen Konzerne wie Amazon, Google etc. konkurrieren können.¹⁰⁰

3. Verfolgung bzw. Verhinderung von Straftaten

Im Hinblick auf die Verfolgung und die Verhinderung von Straftaten liegt sicherlich noch vieles im Argen. Noch immer ist das organisierte Verbrechen im Vorteil, wenn es über die Landesgrenzen hinaus agiert. Dazu gehört die Cyberkriminalität. Erfreulicherweise ist die Verbrechensbekämpfung regelmäßig rechtskonform mit dem Datenschutzrecht, weil dieses hierfür umfangreiche Ausnahmen vorsieht. So greift bei der staatlichen Überwachung durch Videokameras die DS-GVO nicht ein, stattdessen hat der europäische Gesetzgeber für diesen Bereich die *JI-Richtlinie*¹⁰¹ erlassen, und auch viele spezialgesetzliche Normen, wie beispielsweise Regelungen im Bundespolizeigesetz¹⁰², entfalten an dieser Stelle ihre Wirkung; ansonsten gilt Art. 7 lit f) DS-GVO,

98 Die Erfahrungen zum KapMuG werden unterschiedlich bewertet, negativ etwa Möllers/Leisch, in: KK-WpHG, 2. Aufl. 2014, §§ 37a, b Rn. 524; positiver dagegen Zypries und Hirsch im Interview, abgedruckt bei Asmus/Waßmuth, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022. Dagegen sieht der europäische Gesetzgeber konsequent das Monitoring von Gesetzen vor, z.B. Level 4 des Lamfalussy-Verfahrens, s. etwa Lamfalussy-Bericht, Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der europäischen Wertpapiermärkte v. 15. 2. 2001, S. 47.

99 § 339 Abs. 1, § 353 Abs. 1, 2 SGB V-E; s. auch § 337 Abs. 3 SGB V-E: „Die Versicherten sind jederzeit berechtigt [...] zu widersprechen“, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens (Digital-Gesetz – DigiG) v. 1. 11. 2023, BR-Drs. 20/9048, S. 21.

100 Ausführlich *Sachverständigenrat*, Transformation gestalten: Bildung, Digitalisierung, Nachhaltigkeit, Jahresgutachten 21/22, 2021, Kap. 4.

101 Richtlinie (EU) 2016/680 v. 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. Nr. L 119, S. 89 ff.

102 So regelt beispielsweise § 27 BpolG den Einsatz von selbsttätigen Bildaufnahme- und Bildaufzeichnungsgeräten durch die Bundespolizei.

dem zufolge es einer umfassenden Interessenabwägung bedarf. Für Kameras auf öffentlichen Plätzen gilt § 4 BDSG (Bundesdatenschutzgesetz). Einige Landespolizeigesetze¹⁰³ erweitern diese Befugnis für öffentlich zugängliche Orte mit Gefahrenpotential, also Bereiche, wo Straftaten häufig vorkommen, sei es beim Ladendiebstahl, in Fußballstadien, im Eisenbahnfernverkehr oder möglicherweise auch in Schwimmbädern oder Schulhöfen. Ob damit Straftaten verhindert oder nur in den nichtüberwachten Bereich verlagert werden, ist empirisch noch offen.¹⁰⁴

In China und den USA ist eine flächendeckende Überwachung durch den Staat¹⁰⁵ sowie durch Private möglich. Dies schließt die Überwachung der Arbeitnehmer ein.¹⁰⁶ In Europa will man keine flächendeckende Videoüberwachung, um zu verhindern, dass umfassende Bewegungs- und Persönlichkeitsprofile erstellt werden.¹⁰⁷ Das widerspricht der europäischen Tradition der Machtbegrenzung (s.o. IV.1). Folglich verbietet die geplante KI-VO grundsätzlich „die Verwendung von biometrischen Echtzeit-Fernidentifizierungssystemen“, lässt aber wiederum eine Ausnahme für die Strafverfolgung zu.¹⁰⁸ Allerdings bleiben kritische Grenzbereiche: Ganz unstrittig wird heute schon der Besitz und die Verbreitung von kinderpornographischem Bildmaterial verfolgt und insoweit der Datenschutz eingeschränkt. Die EU hat in diesem Rahmen einen Vorschlag zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs vom Kinde eingebracht.¹⁰⁹ In der Literatur wird die geplante Chatkontrolle als Massenüberwachung und damit grundrechtswidrig¹¹⁰ kriti-

103 So beispielsweise in Bayern Art. 33 Abs. 2 Nr. 3 PAG.

104 *Evans*, Report: London no safer for all its CCTV cameras, *The Christian Science Monitor* v. 22. 2. 2012, abrufbar unter <https://www.csmonitor.com/World/Europe/2012/0222/Report-London-no-safer-for-all-its-CCTV-cameras>; *Biermann*, Mehr Kameras, gleich viel Unsicherheit, *Zeit online* v. 22. 4. 2013, abrufbar unter <https://www.zeit.de/digital/datenschutz/2013-04/videoeueberwachung-panopticon/komplettansicht>.

105 *Tunick*, Privacy in Public Places: Do GPS and Video Surveillance Provide Plain Views?, *Social Theory and Practice* 2009, 597, 618.

106 Man geht hier von einer konkludenten Einwilligung des Arbeitnehmers aus, s. *Klar/Kühling*, AöR 141 (2016), 165, 211.

107 Allgemein im Zusammenhang mit Datenverarbeitungsprozessen BVerfG, 15. 12. 1983 – 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1, 52f.; bestätigt durch BVerfG, 3. 3. 2004 – 1 BvR 2378/98, BVerfGE 109, 279, 323; BVerfG, 12. 4. 2005 – 2 BvR 581/01, BVerfGE 112, 304, 319; ähnlich BVerfG, 16. 7. 1969 – 1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1, 6; BVerfG, 11. 3. 2008 – 1 BvR 2074/05, BVerfGE 120, 378, 430.

108 Art. 5 Abs. 1 lit. d) Vorschlag KI-Verordnung (Fn. 3).

109 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung von Vorschriften zur Prävention und Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs von Kindern v. 11. 5. 2022, COM (2022) 209 final.

110 *Colneric*, Legal Opinion für die Grüne Partei im Europäischen Parlament, 03/2021, S. 34, abrufbar unter <https://www.patrick-breyer.de/wp-content/uploads/2021/03/Legal-Opinion-Screening-for-child-pornography-2021-03-04.pdf>; *Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit* (BfDI), *Kelber*,

siert.¹¹¹ Auch hier wird vor der Entstehung eines Überwachungsstaates gewarnt.¹¹² Allerdings lässt sich unschwer einwenden, dass der Schutz der Kinder vor sexuellem Missbrauch höher zu bewerten ist als der Schutz personenbezogener Daten.¹¹³

4. Ein deutsches digitales Sozialkreditsystem und die geplante KI-VO

Das Sozialkreditsystem Chinas wird von vielen Autoren vehement abgelehnt.¹¹⁴ Das Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) hatte eine Studie in Auftrag gegeben, um zu fragen, wie das Urteil des BVerfG zur klimapolitischen Freiheitssicherung¹¹⁵ umgesetzt werden kann.¹¹⁶ In dieser Studie wurden verschiedene Szenarien entwickelt, u.a. auch ein digitales Sozialkreditsystem. Auch hier wurde wieder George Orwell bemüht: in concreto ein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Die unbegrenzte Speicherdauer mache ein Vergessen der Daten unmöglich.¹¹⁷ Ein solches Sozialkreditsystem sei schließlich auch nicht verhältnismäßig im Sinne fehlender Erforderlichkeit, weil als milderes Mittel eine klimaschädliche Verhaltensweise direkt verboten werden könne.¹¹⁸ Inzwischen hat auch eine geplante KI-VO das Social Scoring von Behörden eindeutig verboten.¹¹⁹

BfDI fordert Einhaltung der Grundrechte bei Chatkontrolle, 8/2922, abrufbar unter https://www.bfdi.bund.de/DE/2024/01_CSA-Verordnung.html.

111 Eine noch deutlichere Kritik findet sich durch das European Data Protection Board (EDPB-EDPS), Joint Opinion 04/2022 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules to prevent and combat child sexual abuse v. 28. 7. 2022.

112 N. N., ZD-Aktuell 2021, 05285.

113 Deutlich Vasel, Datenschutz versus Kinderschutz?, ZRP 2022, 191, 193: Könnte nicht in dieser spezifischen Konstellation die Schutzpflichtendimension zugunsten der vulnerablen Minderheit die abwehrrechtliche Dimension der Mehrheit überwiegen?

114 S. oben Fn. 37 f.

115 BVerfG, 24. 3. 2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30-177 – Klimaschutzbeschluss.

116 Klaus/Grünwald/Astor (Hrsg.), Studie „Zukunft von Wertvorstellungen der Menschen in unserem Land“, Bundesministerium für Bildung und Forschung vom August 2020, abrufbar unter https://www.vorausschau.de/SharedDocs/Downloads/vorausschau/de/BMBF_Foresight_Wertestudie_Langfassung.pdf? (im Folgenden: Foresight-Studie). Hierzu Steenbreker, Klimapolitische Freiheitssicherung durch digitale Sozialkreditsysteme, ZD 2022, 13.

117 Steenbreker ZD 2022, 13, 16 f.; Holthausen, Big Data, People Analytics, KI und Gestaltung von Betriebsvereinbarungen – Grund-, arbeits- und datenschutzrechtliche An- und Herausforderungen, RdA 2021, 19, 24.

118 Steenbreker, ZD 2022, 13, 17.

119 Ziff. 5.2.2., ErwG 17 und Art. 5 Abs. 1 lit. c) des Vorschlages für eine KI-Verordnung (Fn. 3).

Ist dies wirklich überzeugend und wo verlaufen die Grenzen? In der Ökonomie ist anerkannt, dass ein *Nudging*¹²⁰, ein Stupsen etwa durch Informationen oder höhere Preise, häufig sinnvoller ist als ein Verbot, weil das Nudging die Tätigkeit im Gegensatz zum Verbot zulässt.¹²¹ So ließen sich CO₂-Footprints¹²² erstellen und dem Bürger Kontingente zuteilen, die weniger freiheitsbeschränkend wären als Verbote (wie der Nutzung des Kfz oder des Flugzeugs). Und was das Konzept von Bonus- und Malus-Systemen betrifft: Gibt es nicht bereits höhere Versicherungsprämien für junge Autofahrer?¹²³ Oder die Schufa-Abfrage über die Kreditwürdigkeit des Schuldners.¹²⁴ Ließe sich dies nicht ausdehnen, bei Versicherungen etwa auf gesundheitsgefährdende Aktivitäten wie das Rauchen, Trinken, Risikosportarten etc.? Risikolebensversicherungen sind teilweise bereits für Raucher, Übergewichtige und Risikosportler teurer.¹²⁵ Gem. § 19 VVG besteht jetzt schon eine Anzeigepflicht hinsichtlich risikorelevanter Umstände, die bei Nichtanzeige den vertraglichen Rücktritt durch die Versicherung zulässt.¹²⁶ Es wird also letztlich auf Differenzierungen ankommen, denn die (geplante) KI-VO sieht nur ein Verbot des Social Scorings durch Behörden vor.

120 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2008 (übersetzt als *Thaler/Sunstein*, Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2011); *Sunstein*, Nudging: A Very Short Guide, 37 J. Consumer Pol'y 583 ff. (2014).

121 Für Fragen des Klimaschutzes s. etwa *Möllers*, Green Deal: Greenwashing, Information Overload und der vergessene Good Corporate Citizen als Investor, ZHR 185 (2021), 881, 895.

122 Zu dieser Forderung *Möllers*, ZHR 185 (2021), 881, 914 f.

123 *Fahranfänger* zahlen meist die höchsten Versicherungsbeiträge, siehe dazu *N. N.*, Autoversicherung für Fahranfänger, Allianz Direct, abrufbar unter <https://www.allianzdirect.de/kfz-versicherung/autoversicherung-fuer-fahranfaenger-ratgeber>; s. dazu auch *N. N.*, Fahranfänger-Versicherung 2023: Beste Kfz-Versicherung für Neulinge, Mobilitätsmagazin v. bussgeldkatalog.org v. 15. 9. 2023, abrufbar unter https://www.bussgeldkatalog.org/fahranfaenger-versicherung/#die_risiken_in_der_kfz-versicherung_fuer_fahranfaenger_liegen_in_der_natur_der_sache.

124 Die Schufa AG bezweckt, Auskunft über die Bonität Dritter zu geben. Zum „Scoring“ bei der Schufa siehe <https://www.schufa.de/scoring-daten/scoring-schufa>; s. dazu auch *Beckhausen*, Das Scoring-Verfahren der SCHUFA im Wirkungsbereich des Datenschutzrechts, BKR 2005, 335 ff. Hierzu jüngst einschränkend EuGH, 7. 12. 2023 – C-634/21 u. a., OQ/Land Hessen, EU:C:2023:957, Rn. 40 ff. – Schufa.

125 *Gentrup*, Was Raucher, Dicke und Biker beachten sollten, Stern v. 31. 5. 2014, abrufbar unter <https://www.stern.de/wirtschaft/versicherung/todesfallschutz-fuer-risikokunden-was-raucher-dicke-und-biker-beachten-sollten-3172700.html>; s. dazu auch Beiträge der Nürnberger Versicherung, abrufbar unter <https://www.nuernberger.de/ratgeber/gesundheits-/risikolebensversicherung-raucher-und-der-huk24>, abrufbar unter <https://www.huk24.de/risikolebensversicherung/ratgeber-lebensversicherung/raucher>.

126 *Armbrüster*, Nichtrauchertarife in der Lebensversicherung, r + s 2013, 209, 212.

V. Ausblick: Die bessere Abwägung zwischen Datenschutz, Effizienz und nationaler Sicherheit

1. Ein Vergleich des Datenschutzrechts in der EU, den USA und der Volksrepublik China war reizvoll, um zu prüfen, in welchem Umfang *legal transplants* möglich sind. Ein Export des Rechts der europäischen DS-GVO ist nur bedingt möglich, weil in den USA und in der Volksrepublik China das Sicherheitsverständnis des Staates deutlich ausgeprägter ist als in Europa. Umgekehrt ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nur in Europa verfassungsrechtlich abgesichert, während es in der Volksrepublik China und in den USA keinen vergleichbaren verfassungsrechtlichen Schutz genießt.¹²⁷ Das macht es wiederum schwieriger, den Datenschutz in der EU ohne weiteres einzuschränken.

2. In der Volksrepublik China und in den USA können die Wirtschaftsakteure oder der Staat Daten für wirtschaftliche Interessen oder aus Gründen der nationalen Sicherheit in größerem Umfang nutzen, als dies in der EU der Fall ist. Nun darf die Europäische Union darauf sicherlich zu Recht stolz sein, weil sie damit einem Überwachungsstaat à la George Orwell entgegentritt. Allerdings muss man sich fragen, ob in der EU Rechtsprinzipien wie Datenschutz, Effizienz und nationale bzw. öffentliche Sicherheit künftig nicht noch besser abgewogen werden könnten. Wenn Daten das Öl des 21. Jahrhunderts sind,¹²⁸ können es sich die EU (und Deutschland) eigentlich nicht erlauben, den Datentransfer durch das Datenschutzrecht unangemessen stark einzuschränken.

3. Dass das empirische Erfassen von Daten etwa in Deutschland noch weiter entwickelt werden muss, hat die Corona-Pandemie gezeigt.¹²⁹ Solange aber belastbare Daten fehlen, die man wissenschaftlich auswerten könnte, wird man eine künftige Pandemie kaum effektiver und mit weniger Belastungen für den Bürger organisieren können. Vergleichbare Fragestellungen stellen sich für andere Themen wie Cyberattacken oder Volkskrankheiten wie Übergewicht, Rauchen etc.¹³⁰ Immerhin findet jetzt zwischen der EU und dem US-amerikanischen Bundesstaat Kalifornien eine Annäherung zur wirtschaftlichen Verwertung von Daten statt, die dem Verbraucher verschiedene Alternativen

127 Einen anschaulichen Vergleich der Verfassungen gibt etwa *Heun* (Hrsg.), *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, 2014; *Landfried* (ed.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, 2019; *Epstein/Gendstad/Weinshall* (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Judicial Behavior*, 2023.

128 Erstmals *Bhageshpur*, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, *The Economist* v. 6. 5. 2017, abrufbar unter <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

129 S. oben Fn. 97.

130 S. gerade Fn. 123 ff.

tiven eröffnet und die Interessen des Unternehmens berücksichtigt.¹³¹ Auch die elektronische Patientenakte mit der jüngst eingeführten Widerspruchslösung ist ein überfälliger Schritt in die richtige Richtung.¹³²

¹³¹ S. oben III. 2. c) und Fn. 66 ff.

¹³² Themen der Effizienz und der nationalen Sicherheit bei der Verwendung von Daten gibt es zahlreiche, neben den genannten Cyberattacken etwa der grenzüberschreitende Abgleich von Asylanträgen etc.