

Steuerung im Datenschutzrecht*

– Ein Recht auf Vergessen wider Vollzugsdefizite und Typisierung? –

Summary

The right to be forgotten has been one of the most prominent elements of the Commission's proposal for a new Data Protection Regulation. The scope of this right as well as its form have been discussed intensively at both national and Union levels. The responsible European Parliament committee's proposed amendments to the new Regulation demonstrate the complexities associated with this right and hint at its limitation in contrast to the wide formulation contained in the Commission's initial proposal. The deficiencies of this right are especially apparent in view of its enforcement and control in an Internet age. Where digital data is collected and re-assembled infinitely and by numerous service providers, it is difficult to assert a right to be forgotten. Whether such a right can be invoked vis-à-vis intermediaries such as search engines or meta portals which process data is unclear. Since user profiles are created on the basis of special algorithms and categorisation of data, the right to be forgotten appears to be an ineffective instrument. Opposing debates exclusively focussing on the right to be forgotten, a broader approach to the reform of data protection law by accounting for the transfer of risks in favour of the individual is thus advocated.

Résumé

Le droit à l'oubli était un des éléments les plus marquants de la proposition de la Commission pour un nouveau règlement relative à la protection des données. La portée et la forme de ce droit ont été discutées de manière intensive, non seulement sur le plan national, mais également européen. Les amendements discutés par le comité responsable du Parlement européen quant à cette proposition démontrent la complexité s'attachant à ce droit à l'oubli et indiquent – contrairement à la proposition initiale de la Commission – ses limites. Les lacunes de ce droit deviennent surtout apparentes en vue de son exécution et de son contrôle dans l'ère de l'Internet. Là où les données informatiques sont collectées et réassemblées de façon infinie par nombreux fournisseurs de services, il est difficile à faire valoir un droit à l'oubli. Si un tel droit est susceptible d'être invoqué vis-à-vis des intermédiaires (services de référencement, meta-portails, etc.) qui traitent

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Informationsrecht, Umweltrecht und Verwaltungswissenschaften an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. sowie Direktorin der Forschungsstelle Datenschutz ebenda. Besonderer Dank geht an Ref. iur. *Lena Heumer* für intensive Recherche und weiterführende Hinweise sowie für vielfältige Anregungen an die Teilnehmer der Tagung „Vergessen im Internet“ unter Leitung von Prof. Dr. iur. Marion Albers, Universität Hamburg, im Januar 2014.

les données est incertain. Comme les profils d'utilisateurs sont créés sur base d'algorithmes spéciaux et d'une catégorisation des données, un droit à l'oubli semble être un instrument ineffectif. Contrairement aux débats se focalisant exclusivement sur le droit à l'oubli, une approche plus générale quant à la réforme législative relative à la protection des données, qui tient compte du transfert des risques en faveur de l'individu, est donc recommandée.

I. Einleitung

Betrachtet man aktuelle Fragestellungen zum Datenschutzrecht, wird gerne die Unzulänglichkeit der rechtlichen Regelungen beklagt. Diese Aussage hat sicherlich ihre Berechtigung, sind doch die Vorschriften etwa der §§ 28, 29 BDSG zum privaten Umgang mit personenbezogenen Daten unübersichtlich und können gerade neuere Entwicklungen aus dem Bereich der IT häufig nur schwer rechtlich eingeordnet werden, etwa Cloud Computing, Apps, soziale Netzwerke oder bestimmte Anwendungen. Jenseits der unklaren Zuordnung zum TMG sind auch oftmals Begriffe wie „geschäftsmäßig“ in § 29 BDSG umstritten, gerade wenn es um die vielfachen scheinbar kostenlos verfügbaren Dienste des Internets geht.

Bei aller bestehenden Rechtsunsicherheit, die sicherlich in vielen Fällen zu Recht beklagt wird, liegt ein erhebliches Problem der Ausgestaltung des Datenschutzrechts aber auch in seinem durchgehend feststellbaren Kontroll- und Vollzugsdefizit. Die Problematik eines leerlaufenden individuellen Schadensersatzanspruchs, unzureichend ausgestatteter Datenschutzbehörden mit begrenzten VA-Befugnissen, der Umgehung von Einwilligungsvoraussetzungen oder einer europaweit uneinheitlich ausgestalteten Rechtslage trotz zugrundeliegender harmonisierender Richtlinie liegt auf der Hand.¹ Dass technische Komplexität und Voraussetzungsfülle eine Identifikation von Eingriffen durch den Einzelnen systematisch erschweren, wenn nicht sogar ganz prinzipiell unmöglich machen, verschärft zusätzlich den Druck auf die Einhaltung des Datenschutzes. Es dürfte unbestritten sein, dass den großen Informationsdienstleistern diese Vollzugsdefizite bewusst sind und sie diese – im Interesse ihres wirtschaftlichen Erfolgs durchaus nachvollziehbar – strategisch nutzen.

Daher setzt auch der Entwurf einer neuen europäischen Regelung des Datenschutzrechts, der Entwurf einer Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSch-GVO-E), weniger auf grundlegende Veränderungen des Inhalts oder der Regelungstechnik des Datenschutzrechts. Vielmehr bleiben die Eckpfeiler wie Verbotsprinzip, Absicherung durch Verfahren, Einwilligungs- bzw. Gesetzesvorbehalt, Technikneutralität etc. erhalten und werden ganz überwiegend nur in Randbereichen verändert. Darüber kann man durchaus im Einzelnen mit guten Gründen anderer Ansicht sein und eine umfassende Reform einfordern.² Angesichts des erheblichen Drucks, unter den das Datenschutzrecht im Hinblick auf die Internettechnologie gerät, ist jedenfalls das Beibehalten

1 Siehe dazu bereits *I. Spiecker gen. Döhmman*, K&R 2012, S. 717 ff.; *G. Spindler*, GRUR 2013, S. 996, 1001 ff.

2 Siehe etwa Bundesverfassungsrichter *J. Masing*, NJW 2012, S. 2305; sehr kritisch aus der Wirtschaftsperspektive *N. Härting/J. Schneider* ZRP 2011, S. 233 ff.; *H.-P. Bull*, NVwZ 2011, S. 257 ff.

der Technikneutralität statt gezielter internetrelevanter Regelungen zu bedauern. Denn das Internet bedeutet nicht nur quantitativ, sondern vor allem qualitativ andere Bedrohungsszenarien³ für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, für Privatheit, für Persönlichkeitsrechte und nicht zuletzt für Individualität und Freiheitsgewähr als bisherige die Datenverarbeitungstechnologie nutzende Dienste.

Ersichtlich widmet sich der Entwurf der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung aber dem Vollzugsproblem. Eine Reihe von Maßnahmen wird vorgeschlagen, mittels derer Rechtsunsicherheiten einerseits, aber vor allem Kontroll-, Aufsichts- und Sanktionsleere beseitigt werden sollen. Dazu gehört insbesondere die deutliche Aufwertung der Befugnisse der Aufsichtsbehörden bis hin zur Ausgestaltung der konkreten Sanktionsmöglichkeiten in Form von signifikant erhöhten Bußgeldern orientiert am (weltweiten) Jahresumsatz des Unternehmens (Art. 79 Abs. 4, 5 und 6 DSch-GVO-E). Als gänzlich neues Instrument hat insbesondere das sog. „Recht auf Vergessen“ in Art. 17 DSch-GVO-E weitreichend Aufmerksamkeit erfahren.⁴

Im Folgenden wird näher ausgeführt, ob ein solches Recht auf Vergessen, das bereits vor dem DSch-GVO-E und in anderen Ausprägungen diskutiert wurde,⁵ überhaupt dem Steuerungs- und Kontrolldefizit Herr werden kann, oder ob es nicht vielmehr seinerseits erheblichen Vollzugs- und Kontrolldefiziten unterliegt und somit im Kern untauglich für eine wirksame Steuerung wäre (IV.). Dies ergibt sich möglicherweise gerade aus den Eigenheiten des Bereichs, in dem ein solches Recht besondere Bedeutung hätte und auf die es besonders ausgerichtet ist:⁶ im Internet. Zuvor wird der Stand der bisherigen Entwicklung in der DSch-GVO-E nachvollzogen, die ein solches Recht scheinbar vorsieht (II.). Dieses hat allerdings bereits in dem veränderten Entwurf nach den Beratungen des *Europäischen Parlaments* (sog. Libe-Fassung), der Teil der Verhandlungen zwischen *Parlament, Rat und Europäischer Kommission* (sog. „Trilog“) sein wird, erhebliche Veränderungen erfahren (III.). Fazit und Ausblick schließen den Beitrag (V.) und fordern eine stärkere Fokussierung nicht auf Individualrechtsschutz, sondern auf die Probleme der Risikoverschiebung durch stärkere Profilierung und Typisierung, denen der Einzelne und damit ein individualrechtsbezogener Ansatz nichts entgegenzusetzen können.

II. Entwurf der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (Januar 2012)

Im Januar 2012 hat die *Europäische Kommission* den Entwurf für eine Neuregelung des Datenschutzrechts auf europäischer Ebene vorgestellt, den Entwurf für eine sog. „Eu-

3 Dazu *I. Spiecker gen. Döhmann*, in: M. Bartsch/R. G. Briner (Hrsg.), *Internet – Überholt die Wirklichkeit das Recht?*, DGRI-Jahrbuch 2010, 2011, S. 39 ff.

4 Siehe etwa *N. Nolte*, ZRP 2011, S. 236 ff.; *A. Koreng/Th. Feldmann*, ZD 2012, S. 311 ff.; *L. Kalabis/A. Selzer*, DuD 2012, S. 670 ff.; *O. Gstrein*, ZD 2012, S. 424 ff.; *S. Jandt/O. Kieselmann/A. Wacker*, DuD 2013, S. 235 ff.; *G. Hornung/K. Hofmann*, JZ 2013, S. 163 ff.; *C. Kodde*, ZD 2013, S. 115 ff.; *S. Gerling/R. Gerling*, DuD 2013, S. 445 ff., um nur einige zu nennen.

5 Grundlegend *V. Mayer-Schönberger*, *Delete – Die Tugend des Vergessens in digitalen Zeiten*, 2010.

6 So auch *O. Gstrein*, ZD 2012, S. 424, 425.

ropäische Datenschutz-Grundverordnung“.⁷ Bisherige Grundlage für das geltende Datenschutzrecht, die bis auf weiteres auch nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lisabon gilt, ist vor allem die Europäische Datenschutz-Richtlinie von 1995,⁸ die seither von europäischer Seite aus nur in einigen Randbereichen ergänzt bzw. reformiert wurde und in *Deutschland* kaum für Veränderungen gesorgt hat.⁹

In Art. 17 Abs. 2 des Entwurfs der Datenschutzgrundverordnung wird ein sog. „Recht auf Vergessen“ („right to be forgotten“) eingeführt: Neben dem – bereits bekannten und unveränderten – Anspruch auf Löschung („erasure“) in Abs. 1 sind im Wesentlichen in Absatz 2 die neuen Regelungen enthalten.¹⁰ Danach hat derjenige, der zur Löschung verpflichtet ist und personenbezogene Daten veröffentlicht hat, alle vernünftigen Schritte („all reasonable steps“) zu ergreifen, um Dritte, die diese Daten verarbeiten, zu informieren, dass nunmehr beansprucht wird, jegliche Verweise, Kopien oder „Replikationen“ zu löschen.

Auf den ersten Blick klingt diese Vorschrift so, als könnte womöglich ein sog. „umgekehrter Schneeballeffekt“ eintreten: Der Lösungsanspruch gegenüber einem Verarbeiter verpflichtet diesen, dafür zu sorgen, dass die vom Verarbeiter verbreitete Information umfänglich auch bei allen anderen Verarbeitern gelöscht werden muss und der Verbreiter dazu verpflichtet ist dies sicherzustellen. In diesem Fall sähe sich der Empfänger von Informationen einer Multiplikation von Ansprüchen gegenüber: Zum einen könnte ihn direkt ein Lösungsanspruch des Betroffenen erreichen. Dieser bleibt auch bei einem weitreichend ausgestalteten Recht auf Vergessen unverändert bestehen; er wird von diesem logisch vorausgesetzt. Zum anderen aber könnte ihn auch im Rahmen eines Rechts auf Vergessen ein Lösungsanspruch jeglichen Zwischenübermittlers treffen, denn jeder Übermittler wäre in der Folge verpflichtet, die Löschung bei jedem nachfolgenden Empfänger zu bewirken. Ein „Schweigekartell“ der Übermittler wäre zwar denkbar, könnte aber angesichts der Vielzahl der Beteiligten eher durchbrochen werden, zumal jeder von ihnen individuell Sanktionen ausgesetzt wäre.

Tatsächlich aber verbirgt sich hinter der Formulierung, wie sie die DSch-GVO-E vorsieht, lediglich eine Informationspflicht gegenüber dem Dritten.¹¹ Eine eigenständige Lösungsverpflichtung jeglichen Übermittlers gegenüber allen nachfolgenden Empfängern, der aus Art. 17 Abs. 2 DSch-GVO-E heraus abgeleitet werden könnte, besteht eben nicht. Erfüllung der Pflicht aus Art. 17 Abs. 2 DSch-GVO-E wäre schon dann gegeben, wenn die Information weitergereicht würde, dass der Übermittler sich

7 http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_de.pdf.

8 RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995.

9 Siehe etwa die E-Privacy-Richtlinie, RL 2009/136/EG. In Deutschland ist 2008-2010 mit drei BDSG-Novellen insbesondere im Bereich des Scoring und des Arbeitnehmerdatenschutzes eine nicht unerhebliche Reformierung erfolgt; siehe dazu etwa S. Bohnen, Die BDSG-Novellen 2009/2010: Kritische Bestandsaufnahme und weiterer Reformbedarf, 2011; Th. Hoeren, VuR 2009, S. 363 ff.; A. Roßnagel, NJW 2009, S. 2716 ff.; St. Hanloser, MMR 2009, S. 594 ff.; M.-L. Tinnefeld/Th. Petri/St. Brink, MMR 2011, S. 427 ff.

10 Zur Herleitung, dass die Ansprüche in Abs. 1 sowie in Art. 13 sich von den bereits in der DS-RL verankerten Ansprüchen zur Löschung und sog. Nachberichtspflicht nicht unterscheiden, G. Hornung/K. Hofmann, JZ 2013, S. 163, 166 f.

11 So auch die Mehrzahl der Beiträge zum Recht auf Vergessen, exemplarisch nur S. Jandt/O. Kieselmann/A. Wacker, DuD 2013, S. 235, 237; G. Hornung/K. Hofmann, JZ 2013, S. 163, 166. Weitergehend dagegen A. Koreng/Th. Feldmann, ZD 2012, S. 311, 312.

einem Lösungsanspruch ausgesetzt sieht. Zu einer Weitergabe dieser Lösungsverpflichtung bei Bestehen einer solchen für den Erstverwender gegenüber allen späteren Verwendern, die über ihn in Besitz der Daten gelangt sind, kommt es aber gerade nicht.

Das folgt bereits aus dem Vergleich mit der inoffiziellen Entwurfsfassung vom November 2011, der gegenüber der offiziellen Fassung von Januar 2012 (DSch-GVO-E) bezüglich des Rechts auf Vergessen eine zentrale, dieses schwächende, Änderung erfahren hat: In der November-Fassung hieß es nämlich noch, dass die verantwortliche Stelle zur „Löschung aller öffentlicher Internet-Links, Kopien und „Replikationen“ von öffentlich verfügbaren Kommunikationsdiensten“¹² verpflichtet sei. Andererseits bezog sich die November-Formulierung ausdrücklich auf „any public internet link“, während die offizielle Januar-Version diese Einschränkung nicht mehr aufweist. Dies dürfte auf den oben bereits kritisch angesprochenen Wunsch nach einer technologieneutralen Regelung zurückzuführen sein. Gleichwohl dürfte der Anwendungsbereich einer derartig formulierten Vorschrift sich im Wesentlichen auf das Internet beziehen.¹³

Faktisch jedenfalls ist das „Recht auf Vergessen“ in der DSch-GVO-E nichts anderes als eine Informationspflicht. Als solche mag es sogar kontraproduktiv wirken. Informationspflichten haben regelmäßig zwei Funktionen: Sie sollen Informationen generieren, die ansonsten nicht gewonnen würden.¹⁴ Und sie sollen Aufmerksamkeit stiften: Die Information, die über Informationspflichten verbreitet wird, soll den Empfänger aufmerksam machen. Dies gilt etwa für die Informationspflichten über fehlerhafte Produkte. Diese Aufmerksamkeit ist indes kontraproduktiv, wenn es um personenbezogene Daten geht: Die Information über den Umstand, dass bei einem Verarbeiter ein Anspruch auf Löschung erfüllt wird, weckt Aufmerksamkeit in unerwünschter Weise. Für den Dritt-Verarbeiter ist dies nämlich der Hinweis darauf, dass er möglicherweise nur noch in begrenzter Dauer auf diese Information seinerseits zugreifen kann, bevor auch ihm gegenüber ein Lösungsanspruch geltend gemacht wird. Und es ist gleichzeitig ein Hinweis darauf, dass der Betroffene seine Rechte nicht nur kennt, sondern sie auch geltend macht – möglicherweise eine wertvolle Zusatzinformation über den Betroffenen.

Aber auch jenseits solcher ganz fundamentaler Bedenken, die später noch ergänzt werden,¹⁵ hat die Vorschrift in ihrer konkreten Ausgestaltung im DSch-GVO-E eine Reihe von Fragen aufgeworfen, die ihre Relevanz erheblich beeinträchtigen können. Hervorzuheben ist etwa, dass das Recht auf Vergessen in Art. 17 DSch-GVO-E unter den Vorbehalt der Zumutbarkeit gestellt wird:¹⁶ Es sind zwar auch technische Maßnahmen zu ergreifen, um die Information Dritter sicherzustellen, gleichwohl sind nur „vertretbare Schritte“ zu unternehmen. Auch diesbezüglich war die inoffizielle November-Fassung strikter: Sie verlangte vom Anspruchsgegner, dass er sicherstellte („ensure“), dass die Löschung erfolgte. Wie das Verhältnis zu Aufbewahrungspflichten ausgestaltet sein soll, bleibt offen. Zudem ist unklar, wer der Informationspflichtige ist: Unter Umständen kann dies nämlich sogar der Betroffene selbst sein, wenn er derjenige ist, der

12 „Where the controller referred to in paragraph 1 has made the data public, it shall in particular ensure the erasure of any public Internet link“.

13 So auch *G. Hornung/K. Hofmann*, JZ 2013, S. 163, 167.

14 Vgl. *I. Spiecker gen. Döhmann*, DVBl. 2006, S. 278 ff.

15 Siehe unten Teil IV.

16 *G. Hornung/K. Hofmann*, JZ 2013, S. 163, 167.

die personenbezogenen Daten ohne Nutzung möglicher Privatsphäre-Einstellungen selbst veröffentlicht hat, wie dies etwa in sozialen Netzwerken der Fall ist.¹⁷ Und auch die vorgesehene Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, eigenständige Regelungen zum Ausgleich von Meinungsfreiheit und Privatsphärenschutz im Bereich journalistischer, künstlerischer oder literarischer Zwecke nach Art. 80 Nr. 1 DSch-GVO-E zu treffen, könnte das Recht auf Vergessen angesichts des weiten Verständnisses des Begriffs „Journalismus“ (vgl. EG 121)¹⁸ empfindlich einschränken.¹⁹ Auch das ohnehin spannungsgeladene Verhältnis zwischen Datenschutz und Meinungsfreiheit ist ungeklärt.²⁰ Nicht zuletzt ist auch unklar, ob das Recht auf Vergessen nur greifen soll, wenn der Betroffene einen Löschungsanspruch geltend gemacht hat oder ob es auch dann greift, wenn der vorherige Verarbeiter seinerseits festgestellt hat, dass bei ihm mangels Erforderlichkeit eine Löschung stattfindet. Der zweite Fall würde in erheblicher Weise eine aufwendige (und damit kostspielige) Ergänzung des Datenmanagements verlangen. Für den ersteren Fall spricht aber der Wortlaut („dass nunmehr beansprucht wird“). Insgesamt ist daher die Aufnahme zum Teil sehr kritisch kommentiert worden.²¹

III. Libe-Fassung des Europäischen Parlaments (Herbst 2013)

Schon diese kurze Schilderung der ursprünglichen offiziellen Fassung des Rechts auf Vergessen in der Januar-Fassung der DSch-GVO-E zeigt, wie volatil dieses Recht offenbar ausgestaltet worden ist. Denn schon die aufgrund der inoffiziellen November-Fassung erfolgten Reaktionen auf die Einführung eines solchen weitreichenden Rechts auf Vergessen haben offenbar die *Kommission* dazu bewegt, in der offiziellen Januar-Version zurück zu rudern und ein deutlich weniger einschneidendes Recht zu verankern.

Diese Entwicklung findet im Rahmen der Beratungen des *Europäischen Parlaments* eine Fortsetzung. Denn in dem im Oktober 2013 vorgelegten konsolidierten Entwurf des Innenausschusses des *Europäischen Parlaments* ist das Recht auf Vergessen gestrichen. Dies erstaunt umso mehr, als bereits die federführende Kommissarin *Viviane Reding* das Recht auf Vergessen als einen wesentlichen Baustein des neuen Datenschutz-Rechtsregimes hervorgehoben hat.²² Nur eineinhalb Jahre nach seinem spektakulären Auftritt in der DSch-GVO-E hat das Recht auf Vergessen also offenbar bereits sein Ende gefunden.

17 So auch *G. Hornung/K. Hofmann*, JZ 2013, S. 163, 167. Gegenüber dem Netzwerkbetreiber, der die Daten (z.T. unberechtigt) an Dritte weiterleitet, bleibt es allerdings in jedem Fall bei der Informationspflicht aus dem „Recht auf Vergessen“.

18 Ohnehin dürfte das Medienprivileg eines der besonders kritisch zu betrachtenden Elemente der DSch-GVO-E sein, insbesondere bei Zugrundlegung der Rechtsprechung des EuGH, etwa im Fall *Satamedia*, EuGH 16.12.2008 – C-73/07.

19 So auch *G. Hornung/K. Hofmann*, JZ 2013, S. 163, 167.

20 S. *O. Gstrein*, ZD 2012, S. 424, 425; *A. Koreng/Th. Feldmann*, ZD 2012, S. 311 ff.

21 Von einer „Mogelpackung“ sprechen etwa *M. Nebel/Ph. Richter*, ZD 2012, S. 407, 413.

22 Z.B. ZD 2012, S. 195; Rede auf der European Data Protection and Privacy Conference am 30.11.2010.

IV. Ausgewählte Vollzugs- und Kontrolldefizite

Angesichts der Aufgabe des Rechts auf Vergessen im Rahmen des Entwurfs zur Europäischen Datenschutz-Grundverordnung läge es nahe, die Auseinandersetzung mit dem Fazit der Aufgabe eines solchen Rechts im europäischen Datenschutzrecht für beendet zu erklären und sich anderen Instrumenten zuzuwenden.

Indes gibt es gute Gründe, einem „Recht auf Vergessen“ weiterhin nachzuspüren. Nicht der mindeste dürfte sein, dass der konsolidierte Entwurf des *Europäischen Parlaments* seinerseits nur eine Grundlage weiterer Verhandlungen im Dreieck zwischen *Parlament*, *Rat* und *Kommission* ist, sich also noch viel ändern kann. Dies gilt erst recht, wenn man bedenkt, dass im Frühjahr 2014 Wahlen zum *Europäischen Parlament* anstehen und die Entwicklungen rund um das Abhören durch die NSA jedenfalls auf dem europäischen Festland Datenschutzerwägungen mit neuem Gewicht versehen haben. Angesichts der Popularität des Rechts auf Vergessen darf durchaus mit einer Renaissance gerechnet werden.

Jenseits solcher tagespolitisch geprägter Erwägungen ist der Themenkomplex eines Rechts auf Vergessen darüber hinaus von erheblichem Interesse für den steuerungsorientierten Rechtswissenschaftler. Im Kern ist dieses Recht auf Vergessen, sofern es nicht nur als Informationspflicht ausgestaltet ist, das Ur-Abwehrinstrument jeglichen Informationseingriffs schlechthin: Was nicht (mehr) existiert, braucht nicht weiter geschützt zu werden. Also muss sich das Datenschutzrecht darauf richten sicherzustellen, dass die Existenz eines Datums vernichtet werden kann. Dies muss für alle Glieder der durch die Zweckbindung verbundenen Datenweitergabekette gelten. Löschung und Recht auf Vergessen sind also unmittelbar aufeinander bezogen. Das Recht kann daher für sich beanspruchen, ein genuin eigenes Steuerungsinstrument zu sein. Daher ist es entsprechend herausfordernd, seine Funktionsbedingungen zu identifizieren, um einen gezielten und differenzierten Einsatz zu gewährleisten.²³

Schon die Gründe, aus denen heraus ein solches Recht abgeleitet werden kann, verlangen die Einbeziehung von Erkenntnissen jenseits einer reinen normativen Vorstellung. Zum Teil kann ein Recht auf Vergessen verhaltenswissenschaftlich begründet werden, etwa weil Vergessen ein notwendiger Prozess zur Evolution und zum Lernen ist.²⁴ Oder die Gewähr von Nicht-Wissen und Steuerbarkeit davon kann für die Verteidigung einer freien Gesellschaftsordnung essentiell sein. Fraglich ist dann, ob nicht

23 Das Problem stellt sich im Grunde schon im Vorhinein, wie man an der Problematik der staatlichen Warnungen und staatlicher Informationstätigkeit sieht, vgl. nur BVerwG NJW 1991, S. 1770 ff., und BVerfGE 105, 279 – Osho –, dazu auch Jugendsektururteile „Transzendente Meditation“ BVerwGE 82, 76, und BVerfG NJW 1989, S. 3269 ff. bzw. BVerwGE 87, 37, und BVerfGE 105, 252 – Glykol – sowie aus dem Schrifttum dazu etwa *D. Murswiek*, NVwZ 2003, S. 1 ff.; *P. Huber*, JZ 2003, S. 290 ff.; *M. Sachs*, in: FS Selmer, 2004, S. 209 ff.; *H. Dreier*, Verw 36 (2003), S. 105, 129 ff.; *F. Schoch*, HdbStR III, 2005, § 37 Rn. 73, 111 ff.; *ders.*, NVwZ 2011, S. 193 ff.; *Ch. Bumke*, Die Verwaltung 37 (2004), S. 3, 19 ff.

24 Vgl. *V. Mayer-Schönberger*, Delete – Die Tugend des Vergessens in digitalen Zeiten, 2010.

jenseits des Verdikts von *Böckenförde*²⁵ die Verfassung vielleicht doch ihre eigenen Rahmenbedingungen prägen kann – und auch muss. Das Recht auf Vergessen wäre dann auf einer anderen Ebene Teil einer „wehrhaften Demokratie“,²⁶ die sich selbst schützt.

Aber auch die konkrete Umsetzung, der sich die DSch-GVO-E durch die Reduktion auf eine Informationspflicht weitgehend entzogen hat, stellt grundlegende Fragen an Wirksamkeit und Funktionieren.²⁷ Auf das Problem, dass eine solche Informationspflicht die Aufmerksamkeit gerade auf diejenigen Informationen lenkt, die eigentlich durch die Geltendmachung der Aufmerksamkeit entzogen werden sollen, ist bereits oben eingegangen worden.²⁸ Oder es ist die Schwierigkeit zu bedenken, dass bei mehreren Inhabern einer Information die daraus folgende Verfügungshoheit unterschiedlich und damit zwangsläufig widersprüchlich ausgeübt werden kann. Dafür sind bisher keine Regelungen vorgesehen.

Erwägenswert sind ferner die (gesamtgemeinschaftlichen, aber auch individuellen) Nachteile von Lösungsansprüchen, wenn dadurch unvollständige Information entsteht. Diese können in der Folge zu irreführenden und falschen Schlussfolgerungen führen und dem Betroffenen unter Umständen mehr schaden als die Nicht-Löschung, die ein vollständige(re)s Bild beibehält. Das Datenschutzrecht bietet bisher keine Antwort, wie mit unvollständigen, aber nicht unkorrekten Informationen umzugehen ist,²⁹ beschränkt es sich doch vor allem auf das Prinzip, dass Datenerhebung und -sammlung grundsätzlich zu vermeiden sind und trifft nur wenige Regelungen für den Umgang mit rechtmäßig vorgehaltenen Datensammlungen. Ob dafür überhaupt eine einheitliche Lösung gefunden werden kann, bedarf noch eingehender Betrachtung.

Im Folgenden sollen ausgewählte Aspekte eines Rechts auf Vergessen thematisiert werden, die dessen Geltung nachhaltig beeinflussen können. Ausgegangen wird dabei nicht allein von der – in der DSch-GVO-E vorgesehenen – Informationspflicht, sondern von einem umfassenderen Anspruch gegenüber einem Übermittler von Informationen, Sorge für eine Löschung der Daten bei dem Übermittlungsempfänger zu tragen. Ob dieses Recht mit dem Begriff eines „Rechts auf Vergessen“ möglicherweise nicht nur ungenau, sondern auch unglücklich bezeichnet ist, ist angesichts der eingespielten Übung der Bezeichnung eine zwar berechtigte, indes wenig weiterführende Betrachtung und daher obsolet. In diesem Rahmen verbleibt es zudem bei kursorischen Hinweisen, wie möglicherweise bestehende Grenzen eines Rechts auf Vergessen mit dem Ziel einer größeren Wirksamkeit verschoben werden können.

-
- 25 Die berühmte Aussage lautet genau: „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft reguliert.“, *E.-W. Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 60.
- 26 Der Begriff wird üblicherweise in anderer Ausrichtung verwendet, siehe etwa M. Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie*, 2003.
- 27 Schon in einem frühen Stadium im Fazit kritisch im Hinblick auf den Vollzug *C. Kodde*, ZD 2013, S. 115.
- 28 Siehe oben unter II.
- 29 Der Berichtigungsanspruch aus § 20 Abs. 1 bzw. § 35 Abs. 1 greift hier nicht durch, weil die gespeicherten Informationen tatsächlich korrekt sind.

1. Online- und Offline-Verwendung, Digitalisierung

Die Bedeutung eines Rechts auf Vergessen wird insbesondere aus den Erkenntnissen abgeleitet, in welcher fundamentalen Weise Digitalisierung, Erhöhung der Speicher- und Verarbeitungskapazitäten sowie die Verfügbarkeit über das Internet Informationsumgang im IT-Zeitalter prägen. Gleichzeitig werden damit aber auch die Grenzen eines solchen Rechts sichtbar.

Die Digitalisierung von Informationen verändert Archivierung, Speicherung und Zugänglichkeit. Mit veränderten Speicher- und Verarbeitungskapazitäten, ergänzt um die Zugangs- und Zugriffsmöglichkeiten des Internets, werden Informationen von jedem Ort jederzeit für jeden ohne großen Kostenaufwand recherchierbar.³⁰ Digitalisierung und Internet verändern etwa, aber nicht nur, die Art der Speicherung, die Art des Zugangs und die Ausgestaltung von Zugangsbeschränkungen sowie die Art der Suche (jederzeit veränderbare Algorithmen in Suchmaschinen). Was einmal über das Internet zugänglich gemacht worden ist, kann – ohne weiteres Wissen des Betroffenen – bei einer Vielzahl von Rechnern dezentral gespeichert und weiterverbreitet werden. Digitalisierung und Datenverarbeitung in IT-Systemen führen dazu, dass unzählige Kopien existieren.³¹ Ein kognitiv begründetes natürliches Prinzip der Datensparsamkeit ist damit aufgehoben.³² Menschliches Vergessen kann nicht mehr als Grundvoraussetzung des Datenumgangs zugrunde gelegt werden. Vielmehr gilt unverändert die Botschaft: Das Internet vergisst nicht.

Dies unterstreicht die Bedeutsamkeit eines Rechts auf Vergessen: Wenn Erinnerung perpetuiert ist und Informationen in Abhängigkeit vom Suchalgorithmus nach Belieben verfügbar gehalten werden, gibt es gute Gründe, die Effekte der Nicht-Erinnerung trotzdem zu bewahren, jedenfalls zu ermöglichen.³³

Dies ist aber unter den Bedingungen von Digitalisierung und Internet kaum mehr möglich. Die Nachverfolgbarkeit, wer was über wen weiß, ist durch den Einzelnen kaum leistbar und kaum kontrollierbar. Wer also verpflichtet ist, Daten zu löschen, und in einem zweiten Schritt, aufgrund eines weit verstandenen³⁴ Rechts auf Vergessen, ferner verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass diese Daten auch bei denen gelöscht werden, an die Daten von ihm aus und allen weiteren Empfängern übermittelt sind, kann dies nur sicherstellen, wenn umfangreiche Verzeichnisse eines gesicherten Bestand aller Übermittlungsvorgänge und Empfänger bieten. Dies mag dann, wenn eine Übermittlung nur ausnahmsweise erfolgt, noch möglich sein, wenn man die technische Umsetzung durch Überschreiben genügen lässt.³⁵ Wenn aber der Geschäftszweck gerade in der möglichst vielfältigen Rekombination verschiedener Daten und in der Übermittlung einzelner und

30 Vgl. *I. Spiecker gen. Döhmann*, in: M. Bartsch/R. G. Briner (Hrsg.), *Internet – Überholt die Wirklichkeit das Recht?*, DGRI-Jahrbuch 2010, 2011, S. 39 ff.; *Th. Dreier/I. Spiecker gen. Döhmann*, *Panoramaansichten im Internet*, 2010, S. 114 ff.; *S. Gerling/R. Gerling*, DuD 2013, S. 445.

31 *L. Kalabis/A. Selzer*, DuD 2012, S. 670 f.

32 Vgl. *Th. Dreier/I. Spiecker gen. Döhmann*, *Panoramaansichten im Internet*, 2010, S. 95; *I. Spiecker gen. Döhmann*, CR 2010, S. 311 ff.

33 Dazu *V. Mayer-Schönberger*, *Delete – Die Tugend des Vergessens in digitalen Zeiten*, 2010.

34 Also weiter verstanden als der Vorschlag in der DSch-GVO-E, wo lediglich eine Informationspflicht vorgesehen ist, s.o. II.

35 Vgl. *L. Kalabis/A. Selzer*, DuD 2012, S. 670 f.

daraus gewonnener akkumulierter Informationen liegt,³⁶ dürfte zweifelhaft sein, ob dies dauerhaft auch unter Bedingungen von Insolvenz, Outsourcing und Unternehmens(teil)veräußerung, und dies noch in einem transnationalen Rahmen, sichergestellt werden kann.

Versteht man ein Recht auf Vergessen zudem umfassend, so dass ein sog. „umgekehrter Schneeballeffekt“ eintreten soll, bei dem der Erstübermittler auch für die Erfüllung des Anspruchs durch alle späteren Empfänger und Übermittler haftet, verschärft sich die Fraglichkeit einer Erfüllbarkeit des Anspruchs zusätzlich. Die Dezentralität des Internets, deren Wirkungen sich erst recht dann verschärfen, wenn Informationen öffentlich zugänglich gemacht werden, ist durch ein „Recht auf Vergessen“ kaum zu beherrschen. Eine Verpflichtung, die von vorneherein auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, würde keine Rechtswirkungen entfalten.³⁷ Ein Recht auf Vergessen in dieser Breite müsste also ergänzt werden um entlastende Beweisumkehrregelungen. Alternativ könnte das Recht auf Vergessen auch bezüglich der bestehenden Verpflichtung abgemildert werden, dass lediglich ein ersichtliches Bemühen oder übliche Maßnahmen gefordert sind. Dies aber würde dann zum Maßstab eine Üblichkeit machen, die nicht datenschutzrechtlich, sondern wirtschaftlich ausgerichtet ist. Zu denken wäre auch an deutlichere Konturen für das Informationsmanagement speziell von Informationshändlern, um zumindest weitreichende Umsetzung zu ermöglichen. Organisationsvorgaben wären dann das Mittel der Wahl.

2. Zugangsmakler/Informationsmediäre

Ein – wie auch immer konkret ausgestaltetes – Recht auf Vergessen gerät zudem an seine Grenzen, wenn man die Stellung von „Zugangsmaklern“³⁸ bzw. allgemeiner von Informationsmediären einbezieht, also etwa von Suchmaschinen, Metaportalen etc. Deren Funktion liegt in der Sortierung und Aufbereitung der vorhandenen Informationsmenge. Da im Kern endlose Speicherung möglich erscheint, wächst die Bedeutung dieser Informationsmediäre mit der Menge an verfügbaren Daten: Diese ermöglichen es dem Nutzer, Zugriff zu erhalten und somit die Vorteile der Speicherung auch tatsächlich gebrauchen zu können. Die besondere Stellung der Informationsmediäre bewirkt aber gleichzeitig auch deren Machtposition: Nur das, was diese für wichtig halten, ist leicht, schnell und unaufwendig auffindbar.³⁹ Damit erfolgt gleichzeitig eine Sortierung von Welt gemäß den Kategorien der Informationsmediäre. Diese Bedeutung wird zuneh-

36 Schon bei normalem Geschäftsgang sehen *S. Jandt/O. Kieselmann/A. Wacker*, DuD 2013, S. 235, 239, kaum eine Erfüllbarkeit gegeben.

37 Auf die kognitive Dimension gerichtet *A. Koreng/Th. Feldmann*, ZD 2012, S. 311, 312.

38 *S. Gerling/R. Gerling*, DuD 2013, S. 445.

39 Siehe zur Problematik der Suchalgorithmen und deren Effekte auf die Struktur des Internets z.B. *St. Ott*, MMR 2006, S. 195 ff.; *J. Kühling*, ZUM 2007, S. 881 ff.; *R. Bengez*, DuD 2013, S. 440 ff.

mend erkannt, weshalb sich Rechtsstreitigkeiten um die Ausgestaltung von Suchergebnissen mehren.⁴⁰

Das Recht auf Vergessen verhindert die Ausprägung einer Sortierung von Welt anhand bestimmter Kriterien, etwa nach der Häufigkeit der Nachfrage, nach der Verbindung mit anderen Suchergebnissen oder aufgrund der Sortierung nach den individuellen Kriterien des Informationsmediärs. Ein solches Recht auf Vergessen würde zwei Aspekte erfassen: zum einen Informationen über den Betroffenen selbst, die von anderen nachgefragt werden können (also das, was etwa bei einer Suchanfrage als Ergebnis angezeigt wird), zum anderen aber auch Meta-Informationen, insbesondere statistische Daten, die aus Einzeldaten zusammengesetzt werden (also etwa Angaben zu häufigen Nachfragen). Denn wenn zugrundeliegende Informationen über den Einzelnen nicht mehr verfügbar sind, und zwar sowohl Einzeldaten über ihn selbst als auch Metadaten, die unter Verwendung von Verhaltensanalysen des Einzelnen zustande gekommen sind, können damit Vorstrukturierungen aufgehoben werden.

Dies gilt für die Löschung von Individualdaten, die in Bezug auf dieses Individuum genutzt werden, in der Tat. Ob dies bei der Nutzung von Metadaten allerdings in gleicher Weise der Fall ist, hängt wesentlich von der Relevanz des Einzeldatums für das gruppenbezogene Datum ab. Das Ausscheiden eines individuellen Datensatzes aus der Gesamtheit aller Datensätze zur Ermittlung eines zusammengefassten Datums ist nicht immer relevant. Ist die Menge der verwendeten Informationen zur Aussageermittlung des Megadatums so groß, dass ein Ausscheiden von Einzeldaten die Gesamtaussage nicht beeinflusst, würde das Recht auf Vergessen nicht dazu führen, dass der Rückbezug der statistischen Aussage auf den Einzelnen verhindert wäre. Dessen Recht auf Vergessen würde also (auch hier) faktisch leerlaufen.

3. Typisierung/Scoring/Profilbildung

Damit ist gleichzeitig ein wesentliches Problem einer Entwicklung angesprochen, dem ein Recht auf Vergessen ohnehin nicht Einhalt gebieten könnte, und dessen Schärfe es möglicherweise nur in sehr geringem Umfang entgegenwirken könnte. Dies gestattet die Frage, ob die Aufmerksamkeit, die das Recht auf Vergessen in der Diskussion der DSch-GVO-E teilweise erhalten hat, hinsichtlich seiner tatsächlichen Bedeutung gerechtfertigt ist.

Die Vorstrukturierung vorhandener, häufig unsortierter Datenmengen⁴¹ durch Informationsmediäre illustriert ein wesentliches Prinzip des Internets und der Verarbeitung von Daten in der digitalisierten Welt: Nicht die – wie auch immer fehlerbehafteten und subjektiven – Gliederungen und Sortierungen des Individuums bestimmen die Erinner-

40 Vgl. EuGH-Verfahren, Rs. C-131/12 zur Löschungspflicht; LG Hamburg UrteiVI ZR 269/12 (Autocomplete). Zu Recht verweisen *A. Koreng/Th. Feldmann*, ZD 2012, S. 311, 312, auf die Parallelen zu den presserechtlichen Ansprüchen und *N. Nolte*, ZRP 2011, S. 236, 239 f., auf die Parallelen allgemein zu zivilrechtlichen Unterlassungsansprüchen. l vom 24.1.2014, Az.: 324 O 264/11 (Max Mosley); BGH v. 14.5.2013, Az.:

41 Siehe zu rechtlichen Problemen des Umgangs mit großen Datenmengen unter dem Schlagwort „Big Data“ etwa *A. Roßnagel*, ZD 2013, S. 562 ff.; *Chr. Zieger/N. Smirra*, MMR 2013, S. 418 ff.

barkeit und damit den Einfluss auf nachfolgende Entscheidungen, sondern die auf Typisierungen basierende Verschlagwortung und Rekombination, die durch andere erfolgt ist. Dieser Typisierung und Standardisierung werden Kriterien zugrunde gelegt, die der Einzelne häufig nicht kennt und auch nicht kennen kann. Am deutlichsten wird dies in der Zuweisung von Megainformationen über Gruppenverhalten zu einem Individuum, das aufgrund anderer Megainformationen der Gruppe zugeordnet worden ist, also etwa der Aussage, dass sich eine 30jährige Frau, die gerne die TV-Sendung „x“ anschaut, Haarshampoo der Marke „y“ kauft, zweimal im Jahr mit Freundinnen ein Wochenende in einem Wellnesshotel verbringt und seit mindestens zwei Jahren in einer festen Partnerschaft lebt, nach Auswertung der Megadaten mit einer Wahrscheinlichkeit von 80% im Alter von 31,5 Jahren schwanger sein wird. Auf solchen Verbindungen, Kausalitäten, Statistiken und oftmals sogar nur Korrelationen beruht der gesamte Bereich des Profiling und des Scoring. Individuelle Bedürfnisse und Verschiedenheiten finden in der Megainformation keine Berücksichtigung mehr.

Diese fragwürdige Risikoverteilung zu Lasten des Einzelnen, die im Spannungsfeld des Rechts auf Ungleichbehandlung, Art. 3 GG, dem Würdeprinzip, Art. 1 Abs. 1 GG und den Ausgestaltungen der Persönlichkeitsrechte, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG einerseits mit Eigentums- und Berufsfreiheitsrechten, Art. 14 bzw. Art. 12 GG, andererseits rechtlich zu verorten ist, wird darüber verschärft, dass es derzeit kaum einen funktionierenden Markt für Sortierungsleistungen gibt.

Ein Recht auf Vergessen kann diese Folgerungen, die gar nicht mehr auf den individuellen Merkmalen des Einzelnen und seinen individuell verfügbaren Daten basieren, ihn aber in seiner Selbstbestimmung und seinem Persönlichkeitsrecht mindestens ebenso betreffen, nicht verhindern.⁴² Dabei liegt dem Recht auf Vergessen ja zugrunde, dass es die besonderen Gefahren, die von einer Übermittlung von Daten ausgehen, beschränken will. Es adressiert aber nur den Übermittlungsvorgang, nicht den Rekombinationsvorgang beim Empfänger. Diese Gefahren bestehen einmal darin, dass mit der Übermittlung der Kreis derjenigen, die eine Information kennen, wächst und damit die Kontrollmöglichkeiten des Einzelnen zusätzlich gefährdet sind. Zum anderen aber wächst durch den zunehmenden Kreis der Inhaber von Daten die Möglichkeit der Rekombination mit anderen Daten. Die Gewinnung solcher zusammengefüger Daten zu Metainformationen stellt derzeit wohl die größte Herausforderung für das Datenschutzrecht dar, zumal die Betroffenen zumeist keine Möglichkeit haben, die ihnen zugeschriebenen Typisierungen zu erfahren. Diesem Problem kann das Recht auf Vergessen nicht begegnen; sein Ansatz gegen Rekombination greift zu kurz, weil es sich nur auf die Übermittlung selbst beschränkt.

4. Geltung datenschutztypischer Vollzugsdefizite

Nicht vernachlässigt werden darf auch, dass ein Recht auf Vergessen den meisten allgemeinen Kontroll- und Vollzugsdefiziten anderer datenschutzrechtlicher Regelungen ausgesetzt ist. Die Festschreibung eines normativen Gebots alleine genügt in der Regel

42 Dies gilt für jegliche Ausprägung: Weder eine – schwache Ausgestaltung als – Informationspflicht noch eine – starke Ausgestaltung als – durchgreifende Verpflichtung über alle Übermittler hinweg könnte diesem Problem in der Folge von Übermittlung begegnen.

nicht, um seine Befolgung sicherzustellen, es bedarf vielmehr einer Mobilisierung des Rechts.⁴³ Werden also nicht auch diese Vollzugsdefizite bearbeitet, kann die Einführung einer neuen Verpflichtung wenig bewegen. Eher verschärft sich über ein weiteres nicht durchgesetztes Recht einmal mehr das Problem, dass datenschutzrechtliche Anforderungen als vernachlässigbar wahrgenommen werden.

a. Fehlende technische Möglichkeiten der Aufdeckung und Kontrolle trotz technischer Ansätze zum Verfall von Daten

Dazu gehören die fehlenden technischen Fähigkeiten des Einzelnen, Datenschutzzeingriffe überhaupt zu detektieren, aufgrund derer er einen Lösungsanspruch und in der Folge auch ein Recht auf Vergessen geltend machen könnte. Und selbst wenn Kenntnis eines grundsätzlich bestehenden Anspruchs auf umfängliche Löschung bestünde, fehlt es dem Individuum regelmäßig an Möglichkeiten, den Vollzug seines Anspruchs zu überprüfen. Wie soll der Einzelne herausfinden, ob – trotz bestehenden Löschungseingriffs – noch Daten über ihn auf den Servern eines Unternehmens gespeichert sind? Wie soll er ermitteln, ob einer der seine Daten verarbeitenden Cloud-Dienste noch über Daten verfügt und welcher Cloud-Dienst überhaupt eingesetzt wurde?⁴⁴

Dem Individuum fehlen systematisch die technischen (und faktischen) Möglichkeiten der Überprüfung fortdauernder Eingriffe, weil dies einen unzumutbaren Aufwand erforderte. Dies betrifft das Recht auf Vergessen in doppelter Weise. Zum einen muss der Betroffene zunächst einmal Kenntnis von den Umständen haben, die eine Lösungsverpflichtung des Datenverwenders und Übermittlers auslösen. Und selbst wenn dies der Fall ist, muss er sicherstellen können, dass tatsächlich dieser Verpflichtung vollumfänglich nachgekommen wurde. Eine kursorische Kontrolle, etwa über einfach zugängliche Informationsmediäre, kann hierzu nur ein erster Schritt sein, weil dies in jedem Fall unzureichende Ergebnisse liefert. Denn gerade der mögliche Weiterbestand bei den Informationsmediären und deren damit verbundene weitere Rekombinationsmöglichkeit bedeutet eine fortgesetzte Gefährdung für das Individuum; und selbst wenn bei diesen keine Speicherung besteht, kann sie trotzdem dezentral bei vielen anderen gegeben sein. Lediglich eine (teil-)öffentliche Verfügbarkeit ließe sich darüber in Ansätzen aufzeigen.

Insofern liegt es nahe, über eine technische Umsetzung zur Abhilfe nachzudenken, etwa über einen automatischen Verfall von Daten; erste technische Umsetzungen dazu liegen bereits vor.⁴⁵ Diese können sowohl an der eingesetzten Software (bei kooperativen Nutzern/Verwendern) als auch bei der eingesetzten Hardware (bei nicht koopera-

43 Siehe dazu *E. Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts, 1995.

44 Schließlich ist einer der wesentlichen ökonomischen Vorteile von Cloud Computing, dass der eigentliche Verarbeiter der Daten die Speicher- und Verarbeitungskapazitäten anderer nutzt und gerade keine vollständige Kontrolle über das Wo-und-Wer für sich beansprucht.

45 Siehe nur die Projekte „vanish“ (<http://vanish.cs.washington.edu/>) aus den USA und den als „digitalen Radiergummi“ bezeichneten Dienst „x-pire“ (<http://www.backes-srt.com/solutions/x-pire>) der Universität Saarbrücken, dazu z.B. *L. Kalabis/A. Selzer*, DuD 2012, S. 670, 672 f.; *H. Federrath/K.-P. Fuchs/D. Herrmann/D. Maier/F. Scheuer/K. Wagner*, DuD 2011, S. 403 ff.; *N. Nolte*, ZRP 2011, S. 236, 237 f.

tiven Nutzern/Verwendern) ansetzen.⁴⁶ Damit werden Konzepte des Digitalen Rechtemanagements, die bereits im Urheberrecht erfolgreich eingesetzt werden,⁴⁷ auch in den Datenschutz eingeführt,⁴⁸ wenngleich hier aufgrund der geringen Größe des Schutzobjekts andere technische und rechtliche Schwierigkeiten warten. Da Ansatzpunkt des Urheberrechts die Nutzung ist, das Datenschutzrecht aber bereits am Wechsel des Datums ansetzt, müssen technische Lösungen im Datenschutzrecht gleichfalls früher einsetzen. Dann aber tritt etwa das Grundproblem des Rechts auf Vergessen auf, ob eigentlich jegliches Datum vom Betroffenen entzogen werden kann.⁴⁹ Und wie im digitalen Rechtemanagement lässt sich fragen, ob die Komplexität und der Preis solcher technischen Lösungen für private Betroffene tatsächlich nutzbar sind, können sie doch – anders als im Urheberrecht – nicht in die Preisbildung eines marktfähigen Produkts einbezogen werden.⁵⁰ Eine Technik, die die Nutzer nicht beherrschen, kann per definitionem aber nicht Sicherheit und Rechtsdurchsetzung vermitteln.⁵¹

b. Defizitärer Individualrechtsschutz und internationale Rechtsverfolgung

Ähnlich wie sonstige normative Vorgaben des Datenschutzrechts treffen auch ein Recht auf Vergessen die Probleme der Durchsetzung im internationalen Kontext. Internet ist aber per se international und global. Die Durchsetzung von Informationsansprüchen und Lösungsansprüchen schlägt dort regelmäßig schnell fehl.⁵² Denn die Ahndung von Verstößen weitgehend auf der Basis eines Individualrechtsschutzes legt die gesamte Aufdeckung und Verfolgung in die Hände Privater. Dieser ist teuer, angesichts z.T. unklarer anwendbarer Rechtsnormen und Rechtsordnungen sowie häufig unbekannter Klagegegner im Erfolg unsicher, aufwendig und angesichts fehlender internationaler Regelungen zu Schadensersatz und Kostenerstattung zudem meist nicht lohnend. Im Ergebnis wird kaum einmal von Privaten Rechtsschutz nachgesucht.

Wie fast alle rechtlichen Gebote geht das Instrument des Rechts auf Vergessen zudem vom kooperativen Nutzer/Verwender aus. Als Informationspflichtig verstanden, soll dessen Erfüllung durch den Übermittler von Informationen einem Dritt- und Viertverwender die Notwendigkeit einer Überprüfung der Verwendbarkeit signalisieren; in der Konsequenz würden diese dann ihrerseits Daten löschen, auf die sie (nun) keinen Zugriff mehr haben sollen. Aber auch als eine umfassende, durchgreifende Verpflichtung des Erst- und jeden weiteren Übermittlers für alle nachfolgenden Übermittlungsergebnisse wird auf die Kooperation der Beteiligten gesetzt: Ob tatsächlich vollumfänglich bei den Datenempfängern gelöscht wurde, entzieht sich weitgehend auch den Überprüfungs-

46 Einen kurzen Überblick geben *S. Gerling/R. Gerling*, DuD 2013, S. 445, 446.

47 Siehe etwa *St. Bechthold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht. Implikationen des Digital Rights Management, 2002.

48 Siehe *L. Kalabis/A. Selzer*, DuD 2012, S. 670, 671 f.

49 Dazu oben unter IV., einführender Teil.

50 Das wäre möglicherweise anders, wenn es einen pauschalierten Schadensersatz bei Informationseingriffen gäbe und sich dessen Höhe auch danach richtete, in welcher Höhe Schutzmaßnahmen durch den Betroffenen ergriffen worden sind.

51 Vgl. *S. Gerling/R. Gerling*, DuD 2013, S. 445, 446.

52 *I. Spiecker gen. Döhmman*, in: M. Bartsch/R. G. Briner (Hrsg.), Internet – Überholt die Wirklichkeit das Recht?, DGRI-Jahrbuch 2010, 2011, S. 39, 41 ff.; *N. Nolte*, ZRP 2011, S. 236, 239.

möglichkeiten der Übermittler. Dafür sind auch keine Maßnahmen vorgesehen, selbst wenn es dem Betroffenen und den Übermittlern möglich wäre, die Überprüfung rein technisch durchzuführen.⁵³

Kooperation hängt von einer Reihe von Faktoren ab, nicht zuletzt auch den Anreizen zur Befolgung und den Sanktionen bei Nicht-Befolgung, ohne dass diese in diesem Rahmen umfänglich ausgeführt werden könnten. Hingewiesen sei aber nur darauf, dass eine geringe Entdeckungswahrscheinlichkeit und eine geringe Schadenshöhe, wie es bisher das Datenschutzrecht kennzeichnet, kooperatives Verhalten eher nicht steigern, wenn der wirtschaftliche Gewinn aus der Weiternutzung der Daten, gerade auch zur Ermittlung von Megadaten, denen man den rechtswidrigen Gebrauch der Einzeldaten nicht ansieht.

Dies lässt das grundsätzlich sicherlich kluge System des Individualrechtsschutzes in ein zweifelhaftes Licht geraten. Da strukturelle Ungleichgewichte zwischen den Datenverwendern und den Nutzern bestehen, genügt ein individualrechtlich ausgerichtetes Schutzkonzept nicht länger. Die Massenhaftigkeit der für das Individuum oftmals scheinbar belanglosen Verstöße,⁵⁴ die häufig durch die Nutzung marktbeherrschender Stellungen möglich werden, ergänzt um ungleiche Rechtsbehauptungsressourcen, fehlende technische Kenntnisse und Anreize zur Rechtsverfolgung führt dazu, dass Verstöße in Kauf genommen und letztlich als „das kleinere Übel“ akzeptiert werden. Zunehmende soziale Akzeptanz und Gewöhnung tun dann ein Übriges. Dem sieht sich auch ein Recht auf Vergessen ausgesetzt.

V. Ausblick und Fazit

Ein Recht auf Vergessen – ob verstanden als Informationspflicht, wie im Entwurf zu einer neuen Europäischen Datenschutz-Grundverordnung, oder weiter verstanden als eine umfängliche Lösungsverpflichtung auch gegenüber allen nachfolgenden Übermittlungsempfängern – scheint als eine hilfreiche Weiterung des bereits seit langem etablierten Rechts auf Löschung. Es erweitert die Verantwortung eines Übermittlers für die nachfolgenden Übermittlungsempfänger in Akzessorietät zum Lösungsanspruch. Die für den Betroffenen weitgehend undurchsichtige Weitergabe seiner Daten bleibt zwar weiterhin für ihn nicht präventiv nachverfolgbar; aber wenigstens kann er über das Recht auf Vergessen darauf hinwirken, dass die zwischengeschalteten Übermittler zu seinen Gunsten tätig werden. Damit wird insgesamt die Entdeckungswahrscheinlichkeit erhöht.

Das Ziel eines „Rechts auf Vergessen“ ist, entgegen des Wortlauts, nicht das „Vergessen“. Dabei handelte es sich um eine kognitive Individuelleistung, die nur höchstpersönlich erbracht werden kann. Hier liegen aber schon lange nicht mehr die zentralen

53 Hier stehen oftmals auch Rechte der Empfänger entgegen, insbesondere solche auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.

54 Viele kleine Eingriffe bei vielen Nutzern summieren sich, werden vom Individuum aber als belanglos wahrgenommen und daher nicht verfolgt angesichts der Kosten der Rechtsverfolgung, vgl. *Th. Dreier/I. Spiecker gen. Döhmann*, Panoramaansichten im Internet, 2010; *I. Spiecker gen. Döhmann*, CR 2010, 311 ff.; *dies.*, in: M. Bartsch/R. G. Briner (Hrsg.), Internet – Überholt die Wirklichkeit das Recht?, DGRI-Jahrbuch 2010, 2011, S. 39 ff.

Gefährdungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Vielmehr ist ein solches Recht auf Vergessen mit seiner Einbeziehung der Wirkungen des Internets und der Digitalisierung gerichtet auf eine umfassende Löschung von Daten im digitalen Umfeld. Es ist somit sachbezogen.

Mit der Erfüllung dieser Verpflichtung aus einem Recht auf Vergessen ist im Kern eine Rückkehr zu einem vor-digitalisierten Zeitalter angestrebt: Die Speicherung von Informationen erfolgt nur mehr im Kopf der Beteiligten ohne Nutzung von Digitalisierung, Datenverarbeitung und Internet als technische Hilfsmittel. Betroffene können sich zurückversetzt fühlen; die Bedrohungen durch das Internet und die Digitalisierung werden aufgehoben, ohne dass auf die Vorteile der Nutzung dort verfügbarer Informationsdienste verzichtet werden muss. In den Vordergrund rückt damit als Gefährdungspotential wieder ein verstärkt individuelles statt ein systematisches maschinelles Wiederauffinden und Bearbeiten von Informationen. Insofern scheint das Recht auf Vergessen ein Weg zu sein, um Effekte der Allverfügbarkeit und mannigfaltigen Rekombinierbarkeit zu begegnen, ohne sich den sozialen Üblichkeiten entziehen zu müssen.

Allerdings sind die Vollzugsdefizite eines solchen Rechts auf Vergessen erheblich; den Grundproblemen der Durchsetzung normativer Anforderungen des Datenschutzrechts kann auch ein „Recht auf Vergessen“ nicht entgehen. So grundsätzlich hilfreich die Ergänzung bestehender Individualrechte sein mag, so wenig hilfreich wäre eine Zentralisierung der Diskussion auf dieses Recht. Mehr als eine Ergänzung zum Recht auf Löschung kann es nicht sein.

Vor allem wird damit den drängenden Problemen für Menschenwürde, Differenzierung, Selbstbestimmung und Freiheitsverwirklichung durch Groß-Datenverarbeiter und Profiler nicht abgeholfen. Die systematische Verschiebung von Risiken auf das Individuum durch zunehmende Typisierung und Standardisierung bleibt erhalten. Das Machtungleichgewicht zwischen Datenverwendern und Betroffenen wird durch ein Recht auf Vergessen nur unwesentlich beeinflusst. Denn der Risikoverschiebung durch stärkere Profilierung und Typisierung können der Einzelne und damit ein individualrechtsbezogener Ansatz wie das Recht auf Vergessen nichts entgegenzusetzen. Daher sollte jegliche Datenschutzreform – ob national, europäisch oder sogar international, etwa im Rahmen des Freihandelsabkommens mit den USA⁵⁵ – sich stärker auf diese Risikoverschiebungen konzentrieren und ihnen begegnen. Damit wäre den Anliegen des Datenschutzes und den Anliegen von Freiheit besser und effektiver geholfen.

55 Zu den datenschutzrechtlichen Problemkreisen siehe *A. Dix*, *Datenschutz und Atlantische Freihandelszone*, Schriftenreihe des Karlsruher Dialogs zum Informationsrecht, Band 5, 2013.